

Dorothee Einsele

Bank- und
Kapitalmarkt-
recht

5. Auflage



MOHR SIEBECK

Dorothee Einsele

Bank- und Kapitalmarktrecht



Dorothee Einsele

Bank- und Kapitalmarktrecht

Nationale und Internationale Bankgeschäfte

5., neu bearbeitete Auflage

Mohr Siebeck

Dorothee Einsele, geboren 1956; Professorin in Kiel (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung); Direktorin des Instituts für Europäisches und Internationales Privat- und Verfahrensrecht.

- 1. Auflage 2006
- 2., neu bearbeitete Auflage 2010
- 3., neu bearbeitete Auflage 2014
- 4., neu bearbeitete Auflage 2018
- 5., neu bearbeitete Auflage 2022

ISBN 978-3-16-161148-3 / eISBN 978-3-16-161149-0

DOI 10.1628/978-3-16-161149-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Das (private) Bank- und Kapitalmarktrecht unterlag auch in den vergangenen Jahren zahlreichen Änderungen. Im Vordergrund steht insoweit das Gesetz zur Einführung elektronischer Wertpapiere, das auch Änderungen im Depotrecht mit sich bringt. Im Bereich des Einlagengeschäfts ist neben neuerer, teils geänderter Rechtsprechung das Pfändungsschutzkonto-Fortentwicklungsgesetz von Bedeutung. Ferner führte die Umsetzung der EU-ProspektVO zu wesentlichen Neuregelungen im Wertpapierprospektgesetz. In der Neuauflage werden neben der neueren Rechtsprechung und Literatur auch die im Bank- und Kapitalmarktrecht maßgeblichen Klauselwerke berücksichtigt. Wie bisher sind die hier behandelten nationalen und internationalen Bankgeschäfte nicht notwendigerweise im bankaufsichtsrechtlichen Sinn zu verstehen. Sie umfassen vielmehr auch solche Geschäfte, die typischerweise von Kreditinstituten betrieben werden. Dabei liegt der Schwerpunkt dieser Darstellung in den Bereichen, die nicht zum Pflichtfachstoff eines jeden Juristen gehören. Das Buch befindet sich auf dem Stand vom 1. Februar 2022.

Im Übrigen gilt wiederum: Eventuelle Irrtümer sind allein mir zuzurechnen; entsprechende Hinweise wie auch Verbesserungsvorschläge sind stets willkommen.

Kiel, im Mai 2022

Dorothee Einsele

Inhaltsübersicht

	Seite
1. Kapitel: Grundlagen	1
§ 1 Allgemeine Verhaltenspflichten des Kreditinstituts	1
§ 2 Allgemeine Rechtsprobleme bei Bankgeschäften mit Auslandsbezug	23
2. Kapitel: Commercial Banking	49
§ 3 Einlagengeschäft	49
§ 4 Kreditgeschäft	101
§ 5 Garantiegeschäft	151
§ 6 Bargeldlose Zahlung	205
3. Kapitel: Investment Banking	411
§ 7 Emissions- und Konsortialgeschäft	411
§ 8 Effektengeschäft (Finanzkommissionsgeschäft) und verwandte Finanzdienstleistungen	483
§ 9 Depotgeschäft	557
§ 10 Investmentgeschäft	621
Sachregister	677

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXXI
Graphische Darstellungen (Zeichenerklärung)	XXXI
1. Kapitel: Grundlagen	1
§ 1 Allgemeine Verhaltenspflichten des Kreditinstituts	1
I. Rechtsgrundlagen allgemeiner Verhaltenspflichten des Kreditinstituts	1
II. Bankgeheimnis	3
1. Rechtsgrundlagen	3
2. Grundsätzlicher Schutzzumfang	5
3. Rechtsfolgen der Verletzung des Bankgeheimnisses	6
III. Einschränkungen des Bankgeheimnisses	8
1. Informationspflichten gegenüber staatlichen Stellen	9
a) Vorschriften des Zivil- und Strafverfahrensrechts sowie des Steuerrechts	9
b) Bankrechtliche Vorschriften nach dem GwG, KWG und WpHG . .	11
2. Informationsrechte und Informationspflichten gegenüber Privatpersonen	15
a) Einwilligung des Kunden	15
b) Auskunftspflicht bei Forderungsabtretung und Bankgeheimnis . .	17
c) Sonstige Informationsrechte und Informationspflichten.	20
§ 2 Allgemeine Rechtsprobleme bei Bankgeschäften mit Auslandsbezug	23
I. Einführung in das internationale Privatrecht der Bankgeschäfte	23
II. Anwendbares Recht	29
1. Bankrechtlicher Einzelvertrag.	30
a) Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts gem. Artt. 3 ff. Rom I	30
b) Wirksamkeit einer Rechtswahl.	31
aa) Prüfung der Wirksamkeit gem. Artt. 3 Abs. 5, 10 Abs. 1 Rom I	31

Inhaltsverzeichnis

bb) Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB gem. Artt. 3 Abs. 5, 10 Abs. 1 Rom I	32
cc) Relevanz des Aufenthaltsrechts einer Partei gem. Artt. 3 Abs. 5, 10 Abs. 2 Rom I	33
c) Objektive Vertragsanknüpfung	34
d) Vertragliche Pflichtenkollisionen.	35
2. Gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunde. . .	36
3. Deliktische Ansprüche	40
4. Besonderheit: Rechtsverhältnisse mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	41
III. Geltungsbereich und internationaler Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Rechtsnormen.	42
IV. Internationaler Anwendungsbereich wesentlicher öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten des Kreditinstituts	42
V. Möglichkeiten der Problemlösung bei Pflichtenkollisionen	45
 2. Kapitel: Commercial Banking	 49
 § 3 Einlagengeschäft	 49
I. Einführung.	50
II. Rechtliche Einordnung nach deutschem Sachrecht	51
1. Sichteinlagen.	51
a) Rechtliche Einordnung.	51
b) Girokonto – Basiskonto	54
aa) Rechtsgrundlage Girovertrag	54
bb) Rechtsgrundlage Kontokorrentverhältnis.	58
cc) Belastungs- und Gutschriftbuchung	61
dd) Zurückweisungsrecht des Kontoinhabers.	63
ee) Stornorecht	66
2. Termineinlagen	66
3. Spareinlagen	67
4. Kontoformen	68
a) Kontoinhaberschaft	68
b) Eigenkonto – Fremdkonto	69
c) Gemeinschaftskonto	70
aa) Und-Konto	71
bb) Oder-Konto	74
d) Sonderkonto	79
e) Treuhandkonto – Anderkonto	79
f) Sperrkonto	82
g) Pfändungsschutzkonto	84
h) Konto pro Diverse	85
III. Anwendbares Recht	86

1. Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts gem. Artt. 3 ff. Rom I	86
2. Vorrangige Maßgeblichkeit einer Rechtswahl.	86
3. Allgemeine Kriterien für die objektive Anknüpfung der Einlagengeschäfte	87
4. Einlagengeschäfte als Finanzdienstleistungen.	88
5. Anwendbarkeit des Rechts des Aufenthaltsstaats des Verbrauchers gem. Art. 6 Rom I	90
a) Einführung.	90
b) Bezug der Tätigkeit des Unternehmers zum Aufenthaltsstaat des Verbrauchers	91
c) Ausnahme i. S. d. Art. 6 Abs. 4 a) Rom I	94
d) Rechtsfolgen	95
6. Verbraucherschutz für besondere Gebiete gem. Art. 46 b EGBGB . . .	97
7. Verbraucherschutz gem. Art. 9 Rom I	98
§ 4 Kreditgeschäft.	101
I. Einführung.	102
II. Rechtliche Einordnung nach deutschem Sachrecht	103
1. Darlehensvertrag – Krediteröffnungsvertrag	103
2. Wesentliche Rechtsfragen bei Darlehensverträgen	105
a) Informations-, Beratungs- und Prüfpflichten der Bank	105
b) Kündigungsmöglichkeit des Darlehensnehmers bei befristeten Darlehen	108
c) Besonderheiten des Verbraucherdarlehensvertrags.	111
aa) Allgemeine Regelungen zum Verbraucherdarlehensvertrag. . .	111
bb) Rechtliche Regelungen für verbundene Geschäfte	114
α) Begriff der verbundenen Geschäfte	114
β) „Widerrufsdurchgriff“	116
γ) „Einwendungsdurchgriff“	121
cc) Rechte des Verbrauchers bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung über Widerrufsrecht	126
III. Anwendbares Recht	128
1. Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts gem. Artt. 3 ff. Rom I.	128
2. Vorrangige Maßgeblichkeit einer Rechtswahl.	129
3. Darlehenshingabe als maßgebliche Finanzdienstleistung.	130
4. Anwendbarkeit des Rechts des Aufenthaltsstaats des Verbrauchers gem. Art. 6 Rom I	132
a) Einführung.	132
b) Kreditgeschäft als Verbrauchervertrag	132
c) Rechtsfolgen	133
5. Verbraucherschutz gem. Art. 46 b EGBGB	134
6. Verbraucherschutz gem. Art. 9 Rom I	135
IV. Konsortialkreditgeschäft.	137
1. Einführung	138

2. Besonderheiten des Konsortialkreditgeschäfts nach deutschem Sachrecht	139
a) Rechtsverhältnis zwischen den Konsorten (Konsortialverhältnis). . .	139
b) Rechtsverhältnis zwischen dem Kreditnehmer und den Konsorten . . .	141
aa) Rechtliche Gestaltungsformen und Einordnung des Konsortialkreditvertrags	141
bb) Besicherung von Konsortialkrediten	142
3. Rechtsprobleme internationaler Kreditkonsortien	143
a) Rechtsverhältnis zwischen den Konsorten (Konsortialverhältnis). . .	143
b) Rechtsverhältnis zwischen dem Kreditnehmer und den Konsorten . . .	144
aa) Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts gem. Artt. 3 ff. Rom I.	144
bb) Bedeutung von Eingriffsnormen und des Abkommens von Bretton Woods	145
cc) Besicherung von Konsortialkrediten	148
§ 5 Garantiegeschäft	151
I. Akkreditiv	151
1. Einführung	151
a) Überblick über die Rechtsbeziehungen	152
b) Rechtsnatur der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive	154
2. Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	156
a) Rechtsverhältnis zwischen Akkreditivauftraggeber und Begünstigtem	156
b) Rechtsverhältnis zwischen Akkreditivauftraggeber und Akkreditivbank	156
c) Rechtsverhältnis zwischen Akkreditivbank und einer eingeschalteten Zweitbank.	157
d) Rechtsverhältnis zwischen Akkreditivbank und Begünstigtem . . .	158
e) Rechtsverhältnis zwischen Bestätigungsbank und Begünstigtem . .	159
f) Übertragung des Akkreditivs und Abtretung des Akkreditiverlöses	159
3. Anwendbares Recht	160
a) Rechtsverhältnis zwischen Akkreditivauftraggeber und Begünstigtem	160
b) Rechtsverhältnis zwischen Akkreditivauftraggeber und Akkreditivbank	161
c) Rechtsverhältnis zwischen Akkreditivbank und einer eingeschalteten Zweitbank.	162
d) Rechtsverhältnis zwischen Akkreditivbank und Begünstigtem . . .	162
aa) Grundsatz: Anknüpfung an das Recht der Akkreditivbank . .	162
bb) Besonderheiten bei Einschaltung einer Zweitbank?.	163
e) Rechtsverhältnis zwischen Bestätigungsbank und Begünstigtem . .	167
f) Übertragung des Akkreditivs und Abtretung des Akkreditiverlöses	167

II. Garantie	168
1. Einführung	169
a) Funktion und Ausgestaltung mit rechtsvergleichenden Bezügen . .	169
b) Bemühungen um Rechtsharmonisierung	171
2. Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	173
a) Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber und Begünstigtem	173
b) Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber und Garantiebank	174
c) Rechtsverhältnis zwischen Garantiebank und Begünstigtem	176
aa) Garantie	176
bb) Garantie auf erstes Anfordern.	177
cc) Zulässige Einwendungen der Garantiebank gegenüber	
dem Begünstigten	177
α) Einwendungen aus dem Garantievertrag	177
β) Aufrechnungsmöglichkeit der Bank?	178
γ) Einwendungen aus dem Valutaverhältnis	
ausnahmsweise bei Rechtsmissbrauch	179
δ) Keine Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis	180
3. Anwendbares Recht	181
a) Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber	
und Begünstigtem	181
b) Rechtsverhältnis zwischen Garantierauftraggeber	
und Garantiebank	183
c) Rechtsverhältnis zwischen Garantiebank und Begünstigtem	183
4. Besonderheiten bei Einschaltung einer Zweitbank:	
indirekte Garantie	184
a) Einführung.	184
b) Rechtsverhältnis zwischen Erst- und Zweitbank	185
c) Anwendbares Recht	186
aa) Geschäftsbesorgungsverhältnis zwischen Erst-	
und Zweitbank.	186
bb) Rück- oder Gegengarantie.	186
cc) Risiken der indirekten Garantie.	188
5. Rückforderungsansprüche bei Nichteintritt des Garantiefalls	189
a) Problematik nach deutschem Recht	189
b) Problematik bei grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen	191
III. Bürgschaft	192
1. Einführung	192
2. Besonderheiten nach deutschem Sachrecht	
mit rechtsvergleichenden Bezügen.	193
a) Allgemeine Regelungen zur Bürgschaft	193
b) Bürgschaft auf erstes Anfordern	196
aa) Einschränkungen der Wirksamkeit der Bürgschaft	
auf erstes Anfordern zum Schutz des Bürgen	196

bb) Einschränkungen der Wirksamkeit der Sicherungsabrede zur Stellung der Bürgschaft auf erstes Anfordern zum Schutz des Hauptschuldners	197
3. Anwendbares Recht	199
a) Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger	199
b) Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürge	201
c) Rechtsverhältnis zwischen Bürge und Gläubiger	201
§ 6 Bargeldlose Zahlung	205
A. Zahlung unter Einsatz von Wertpapieren	205
I. Wechsel	205
1. Einführung	205
a) Einsatz von Wechseln im internationalen Rechtsverkehr	206
b) Wechselrechtskreise	208
c) UNCITRAL-Konvention über den internationalen Wechsel und den internationalen Eigenwechsel vom 9.12.1988	209
2. Wesentliche Unterschiede zwischen dem anglo-amerikanischen und dem Genfer Einheitlichen Wechselrecht	210
a) Formerfordernisse	211
b) Wechselrückgriff	212
c) Gutgläubiger und einwendungsfreier Erwerb	212
3. Internationales Wechselrecht	214
a) Grundverhältnis	215
b) Wechselklärungen	215
c) Wechselrechtliche Verfügungsgeschäfte	219
d) Rechtswahlfreiheit im internationalen Wechselrecht	222
e) Anglo-amerikanischer Wechselrechtskreis	224
II. Scheck	226
1. Einführung: Scheckrechtskreise	227
2. Wesentliche Unterschiede zwischen dem anglo-amerikanischen und dem Genfer Einheitlichen Scheckrecht	228
a) Formerfordernisse	228
b) Regelungen zur Scheckzahlung und zum Rückgriff	230
c) Fälschung und Verfälschung von Schecks	233
d) Verrechnungsscheck und gekreuzter Scheck	234
3. Internationales Scheckrecht	235
a) Grundverhältnis	235
b) Scheckklärungen	236
4. Reisescheck	238
a) Rechtliche Einordnung nach deutschem Sachrecht mit rechtsvergleichenden Bezügen	239
aa) Rechtsnatur	239
bb) Rechtsverhältnis zwischen Emittent und Einlösestelle	242
cc) Rechtsverhältnis zwischen Emittent und Ersterwerber	243

Inhaltsverzeichnis

b) Anwendbares Recht	245
aa) Rechtsverhältnis zwischen Emittent und Einlösestelle	245
bb) Rechtsverhältnis zwischen Emittent und Ersterwerber	246
III. Inkassogeschäft	248
1. Einführung	248
2. Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	250
a) Rechtsverhältnis zwischen Inkassoauftraggeber und Zahlungspflichtigem/Bezogenem	250
b) Rechtsverhältnis zwischen Inkassoauftraggeber und Einreicherbank	250
aa) Qualifikation und Inhalt des Vertrags.	250
bb) Weiterleitung des Inkassoauftrags.	252
c) Rechtsverhältnis zwischen Einreicherbank und Inkassobank sowie Inkassobank und vorlegender Bank	253
d) Rechtsverhältnis zwischen Inkassobank und Zahlungspflichtigem/Bezogenem	255
3. Anwendbares Recht	255
a) Rechtsverhältnis zwischen Inkassoauftraggeber und Zahlungspflichtigem/Bezogenem	255
b) Rechtsverhältnis zwischen Inkassoauftraggeber und Einreicherbank	257
aa) Geschäftsbesorgung.	257
bb) Abtretung	258
c) Rechtsverhältnis zwischen Einreicherbank und Inkassobank sowie Inkassobank und vorlegender Bank	260
B. Zahlung unter Nutzung von Zahlungsdienstleistungen	261
I. Einführung und allgemeine Regelungen für Zahlungsdienstleistungen	261
1. Anwendungsbereich der Regelungen für Zahlungsdienstleistungen	262
2. Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister	264
3. Entgelte bei Zahlungsvorgängen	265
4. Zahlungsauftrag als Weisung	266
5. Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrags, Ausführungsfristen und Maßgeblichkeit der Kundenkennung.	267
6. Aufwendungsersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters.	270
7. Wertstellung.	271
II. Überweisung.	271
1. Einführung	273
2. Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	276
a) Rechtsverhältnis zwischen Überweisendem und überweisendem Zahlungsdienstleister.	277
aa) Zahlungsauftrag	277
bb) Pflichten des Zahlungsdienstleisters.	279
cc) Widerrufsmöglichkeit	282

dd) Haftung des überweisenden Zahlungsdienstleisters für nicht ordnungsgemäße Überweisungen	283
α) Grundsatz: verschuldensunabhängige Erstattungspflicht	283
β) Sonderregelung für verspätete Überweisungen	284
γ) Verschuldensabhängige Haftung	285
δ) Haftungseinschränkung und Haftungsausschluss	287
ee) Abweichende Regelungen gegenüber Unternehmern	290
ff) Abweichende Regelungen für Überweisungen in Drittstaaten und in Drittstaatenwährungen	293
b) Rechtsverhältnis zwischen den in die Überweisung eingeschalteten Stellen/Zahlungsdienstleister des Empfängers	295
aa) Weiterleitung des Zahlungsbetrags	295
bb) Verschuldensunabhängige Haftung der zwischengeschalteten Stellen	296
cc) Verschuldensabhängige Haftung der zwischengeschalteten Stellen	297
c) Rechtsverhältnis zwischen dem Empfänger und seinem Zahlungsdienstleister	298
aa) Pflichten des Zahlungsdienstleisters	298
bb) Haftung des Zahlungsdienstleisters des Empfängers	299
cc) Abweichende Regelungen	300
d) Direktansprüche des Überweisenden gegen zwischengeschaltete Stellen	300
3. Bereicherungsausgleich bei fehlerhaften bzw. fehlenden Kausalverhältnissen	303
4. Rechtsprobleme grenzüberschreitender Überweisungen	309
a) Grundsätzliche Fragen bei der Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung	309
aa) Rechtsharmonisierung im EWR?	309
bb) Für jedes Rechtsverhältnis gesonderte Bestimmung des anwendbaren Rechts	309
b) Anwendbares Recht	311
aa) Rechtsverhältnis zwischen Überweisendem und Empfänger	311
bb) Rechtsverhältnis zwischen Überweisendem und überweisendem Zahlungsdienstleister	312
cc) Rechtsverhältnisse zwischen den in die Überweisung eingeschalteten Stellen/Zahlungsdienstleister des Empfängers	313
dd) Besonderheit: Direktansprüche des Überweisenden und des überweisenden Zahlungsdienstleisters gegen zwischengeschaltete Stellen	315
α) Qualifikation	315
β) Auf Direktansprüche anwendbare Rechtsordnung	316
ee) Bereicherungsausgleich bei fehlerhaften Kausalverhältnissen	320

III. Debitkarten	322
1. electronic-cash-System	323
a) Einführung.	323
b) Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	325
aa) Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und kartenausgebendem Institut	325
bb) Rechtsverhältnis zwischen kartenausgebendem Institut und Händler/Vertragsunternehmen.	334
cc) Rechtsbeziehung zwischen Karteninhaber und Händler/Vertragsunternehmen.	338
c) Anwendbares Recht	339
aa) Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und kartenausgebendem Institut	339
bb) Rechtsverhältnis zwischen kartenausgebendem Institut und Händler/Vertragsunternehmen.	341
cc) Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und Händler/Vertragsunternehmen.	342
2. Elektronisches Lastschriftverfahren und früheres POZ-System	344
3. Geldautomatensystem.	345
a) Einführung.	345
b) Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	347
aa) Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und kartenausgebendem Institut	347
bb) Rechtsverhältnis zwischen kartenausgebendem und automatenbetreibendem Institut	349
cc) Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und automatenbetreibendem Institut	351
c) Anwendbares Recht	354
aa) Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und kartenausgebendem Institut	354
bb) Rechtsverhältnis zwischen kartenausgebendem und automatenbetreibendem Institut	355
cc) Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und automatenbetreibendem Institut	357
IV. Kreditkarten	358
1. Einführung	359
2. Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	363
a) Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und Kartenemittent . . .	363
b) Rechtsverhältnis zwischen dem Kreditkartenemittenten und dem Vertragsunternehmen	369
aa) Rechtliche Qualifikation des Vertrags zwischen Kreditkartenemittent und Vertragsunternehmen. . .	369
bb) Missbrauchsrisiko beim Einsatz von Kreditkarten	372

Inhaltsverzeichnis

cc) Einwendungen des Kreditkartenemittenten gegen den Zahlungsanspruch des Vertragsunternehmens unter Berücksichtigung der Einwendungen des Karteninhabers gegen das Vertragsunternehmen	375
3. Rechtsprobleme bei grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen im Kreditkartensystem	381
a) Rechtsbeziehung zwischen ausländischem Vertragsunternehmen und Kreditkarteninhaber.	381
b) Rechtsverhältnis zwischen Kreditkartenemittent und Vertragsunternehmen	383
aa) Anwendbares Recht	383
bb) Rechtsprobleme der Abtretung der Forderung des Vertragsunternehmens gegen den Karteninhaber an die Kreditkartengesellschaft	385
c) Rechtsbeziehungen zwischen Kreditkartenemittent und Karteninhaber	388
aa) Anwendbares Recht	388
bb) Gesonderte Bepreisung des Auslandseinsatzes von Kreditkarten	392
V. SEPA-Lastschrift.	394
1. Einführung und SEPA-Mandat	395
2. Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	398
a) Rechtsverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsdienstleister	398
b) Rechtsverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger	401
c) Rechtsverhältnis zwischen dem Zahlungsempfänger und seinem Zahlungsdienstleister	407
d) Haftung der Zahlungsdienstleister bei nicht ordnungsgemäßer oder verspäteter Ausführung des Zahlungsauftrags	407
3. Anwendbares Recht	408
a) Rechtsverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsdienstleister	408
b) Rechtsverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger	409
c) Rechtsverhältnis zwischen dem Zahlungsempfänger und seinem Zahlungsdienstleister	410
 3. Kapitel: Investment Banking	 411
 § 7 Emissions- und Konsortialgeschäft	 411
I. Einführung.	413
II. Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	415
1. Rechtsverhältnis zwischen den Konsorten (Konsortialverhältnis) . . .	415
a) Vertragliche Ausgestaltung und Abbedingung von Regelungen der BGB-Gesellschaft	415

b)	Rechtliche Einordnung des Konsortialverhältnisses als BGB-Gesellschaft	418
c)	Haftung des Konsortiums/der Konsorten für Pflichtverletzungen des Konsortialführers im Außenverhältnis	419
d)	Haftung der Konsortialführung/der Konsorten im Innenverhältnis	420
2.	Rechtsverhältnis zwischen dem Emittenten und dem Konsortium/ den Konsorten sowie dem Konsortialführer	421
a)	Rolle des Konsortialführers	421
b)	Parteien des Übernahmevertrags und Haftung des Konsortiums/ der Konsorten für die Übernahme der Emission.	422
c)	Rechtliche Einordnung des Übernahmevertrags bei Anleiheemissionen	425
d)	Rechtliche Einordnung des Übernahme- und Zeichnungsvertrags bei Aktienemissionen.	426
e)	Rechtliche Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Emittenten und dem Konsortium/den Konsorten bei fehlender Festübernahme.	427
f)	Inhaltliche Ausgestaltung des Übernahmevertrags	427
aa)	Generelle Regelungen	427
bb)	Preisfindungsmechanismus	428
cc)	Marktstabilisierung (Greenshoe-Option und Marktschutzvereinbarungen).	430
3.	Rechtsverhältnis zwischen dem Emittenten und den Anlegern.	433
a)	Maßgeblichkeit des verbrieften Rechts.	433
b)	AGB-Charakter und vertragliche Einbeziehung der Anleihebedingungen?	434
c)	Inhaltskontrolle der Anleihebedingungen	440
d)	Übernahmevertrag als Vertrag zugunsten der Anleger	443
e)	Organisation der Anleihegläubiger.	444
f)	Prospekthaftung	447
aa)	Spezialgesetzlich geregelte Prospekthaftung	447
bb)	Allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung	453
4.	Rechtsverhältnis zwischen den Konsorten und den Anlegern	457
III.	Rechtsprobleme internationaler Emissionen	460
1.	Rechtsverhältnis zwischen den Konsorten (Konsortialverhältnis)	460
2.	Rechtsverhältnis zwischen dem Emittenten und den Konsorten bzw. Konsortialführer.	463
a)	Übernahmevertrag	463
b)	Inhalt der verbrieften Rechte (Anleihen/Aktien)	464
3.	Rechtsverhältnis zwischen dem Emittenten und den Anlegern.	466
a)	Erwerb und Inhalt der Rechte der Anleger	466
b)	Inhaltskontrolle und eingeschränkte Geltung von Anleihebedingungen.	467

c) Organisation der Anleihegläubiger.	470
d) Prospekthaftung	470
aa) Spezialgesetzlich geregelte Prospekthaftung	470
α) Maßgebliche Prospektpflicht.	470
β) Maßgebliche Prospekthaftungsregelung und deren Qualifikation	472
γ) Anwendbarkeit und Anwendungsprobleme der Rom II-VO	473
δ) Maßgeblichkeit des Rechts des betroffenen Marktes	474
bb) Sonstige (allgemeine zivilrechtliche) Prospekthaftung	479
4. Rechtsverhältnis zwischen den Konsorten und den Anlegern	480

§ 8 Effektengeschäft (Finanzkommissionsgeschäft) und verwandte Finanzdienstleistungen 483

I. Einführung und Abgrenzung zu Finanzdienstleistungen	484
II. Schuldrechtliche Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	488
1. Rechtsverhältnis zwischen dem Kreditinstitut und dem Kunden. . . .	488
a) Regelmäßige Auftragsausführung im Wege der einfachen Kommission	488
b) Rechte und Pflichten von Kreditinstitut und Kunde bei Auftragsausführung im Wege der einfachen Kommission	491
aa) Art und Weise der Auftragsausführung.	491
bb) Rechenschafts- und Herausgabepflicht sowie Eigenhaftung des Kommissionärs	494
cc) Pflicht des Kunden zur Zahlung des Preises des Ausführungsgeschäfts, von Provision, Auslagen und Vorschuss	496
c) Rechte und Pflichten von Kreditinstitut und Kunden beim Festpreisgeschäft	496
d) Beratungsvertrag zwischen Kreditinstitut und Kunde.	498
e) Besonderheiten des Vertragsschlusses – Kontrahierungszwang? . .	500
f) Verhaltenspflichten des Kreditinstituts/Wertpapier- dienstleistungsunternehmens nach dem WpHG	502
aa) Allgemeines	502
bb) Einzelne Verhaltenspflichten zur Wahrung der Kundeninteressen	504
α) Vermeidung von Interessenkonflikten.	504
β) Informationspflichten	513
γ) Erkundigungspflichten	514
δ) Aufzeichnungspflichten	518
cc) Rechtliche Qualifikation der Verhaltenspflichten gem. §§ 63 ff. WpHG.	519
g) Schadensersatzanspruch des Kunden bei Verletzung von Beratungs- und Informationspflichten des Kreditinstituts . . .	523
h) Erfüllungsfristen für die Übertragung der Wertpapiere	527

Inhaltsverzeichnis

i) Erfüllungsfristen für die Geldzahlung	529
2. Rechtsverhältnis zwischen dem Kreditinstitut und dem Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts	530
3. Rechtsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts des Kreditinstituts sowie sonstigen Dritten	532
III. Übertragung der Wertpapiere	533
IV. Anwendbares Recht	534
1. Rechtsverhältnis zwischen dem Kreditinstitut und dem Kunden. . . .	534
a) Grundsatz: Anwendbarkeit des Rechts des Kreditinstituts	534
aa) Kommissionsvertrag und Festpreisgeschäft.	534
bb) Beratungsvertrag	538
cc) Anwendungsbereich.	538
b) Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz.	539
aa) Anwendbarkeit des Rechts des Aufenthaltsstaats des Verbrauchers.	539
bb) Verbraucherschutz für besondere Gebiete.	542
c) Internationaler Anwendungsbereich der Verhaltenspflichten nach dem WpHG.	543
d) Anwendbarkeit ausländischer Verhaltenspflichten.	545
2. Rechtsverhältnis zwischen dem Kreditinstitut und dem Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts	549
3. Rechtsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts des Kreditinstituts sowie sonstigen Dritten	551
4. Übertragung der Wertpapiere.	551
V. Besonderheiten der Finanztermingeschäfte	551
1. Finanztermingeschäfte	551
2. Geltung der Sonderbedingungen für Termingeschäfte zwischen dem Kreditinstitut und dem Kunden	554
§ 9 Depotgeschäft.	557
I. Einführung.	559
II. Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	563
1. Rechtsverhältnis zwischen dem Hinterleger/dinglich Berechtigten und den Depotbanken.	563
a) Grundsätzlicher Inhalt des Depotvertrags.	563
b) Sonderverwahrung.	566
c) Regelfall: Sammelverwahrung	566
d) Ansprüche gegen Drittverwahrer?.	567
e) Ansprüche der dinglich Berechtigten	568
2. Besitzverhältnisse am Wertpapiersammelbestand.	570
3. Verfügungen über sonder- und sammelverwahrte sowie sammeleingetragene Wertpapiere	571
a) Eigentumsübertragung gem. §§ 18 Abs. 3, 24 Abs. 2 DepotG	571
aa) Sonderverwahrte Wertpapiere	572

bb) Sammelverwahrte und sammeleingetragene Wertpapiere	572
b) Eigentumsübertragung girosammelverwahrter Wertpapiere	
gem. §§ 929 ff. BGB	573
aa) Dingliche Einigung	573
bb) Übergabe bzw. Übergabesurrogat?	577
cc) Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs?	580
c) Verpfändung girosammelverwahrter Wertpapiere	582
4. Wertpapierverwaltung	584
5. Gesetzliche Sicherungsrechte der mit den Wertpapiergeschäften	
beauftragten Institute	587
6. Insolvenzvorrechte von Kunden und Wertpapierkäufern	588
7. Pfändung girosammelverwahrter Wertpapiere	589
III. Grenzüberschreitende Wertpapiertransaktionen	591
1. Tatsächliche Gestaltung grenzüberschreitender	
Wertpapiertransaktionen	591
a) Einbeziehung in die deutsche Girosammelverwahrung	591
aa) Vertretbare ausländische Wertpapiere	591
bb) Zweitverbriefung nicht vertretbarer ausländischer Wertpapiere	593
b) Gegenseitige Kontoverbindungen gem. § 5 Abs. 4 DepotG	595
c) Anschaffung und Verwahrung von Wertpapieren im Ausland	597
aa) Grundsätzlich keine Pflicht zur Eigentumsverschaffung	597
bb) Inhalt und Rechtsnatur der Gutschrift in Wertpapierrechnung	599
a) Gutschrift in Wertpapierrechnung als abstraktes	
Schuldversprechen	599
b) Rechtsstellung des inländischen Zwischenverwahrers/	
Zentralverwahrers	601
γ) Gutschrift in Wertpapierrechnung als Treuhand	602
cc) „Übertragung“ von Gutschriften in Wertpapierrechnung	605
dd) Besonderheiten der Depotverwaltung	606
2. Kollisionsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender	
Wertpapiertransaktionen	608
a) Rechtsverhältnis zwischen dem Hinterleger/dinglich Berechtigten	
und den Depotbanken – Gutschrift in Wertpapierrechnung	608
b) Besitzverhältnisse am Wertpapiersammelbestand	609
c) Verfügungen über sonder- und sammelverwahrte sowie	
sammeleingetragene Wertpapiere	610
aa) Ausgangspunkt: Geltung der lex rei sitae und Problematik	
gegenseitiger Kontoverbindungen	610
bb) Spezialgesetzliche Kollisionsvorschrift des § 17 a DepotG	611
α) Ratio legis des § 17 a DepotG	611
β) Problematik und begrenzter Anwendungsbereich	
des § 17 a DepotG	613
γ) Internationaler Effektengiroverkehr auf der Basis	
einer fiduziarischen Treuhand	616

cc) Besonderheit: Verpfändung von Gutschriften in Wertpapierrechnung	617
d) Gesetzliche Sicherungsrechte	618
e) Insolvenzvorrechte von Kunden und Wertpapierkäufern	619
§ 10 Investmentgeschäft.	621
I. Einführung.	622
II. Begriffsbestimmungen und Organisationsformen des Investmentgeschäfts	625
1. Inländisches Investmentvermögen	625
2. Kapitalverwaltungsgesellschaften	630
3. Organisationsformen des inländischen Investmentvermögens	631
a) Zulässige Organisationsformen	631
b) Sondervermögen	632
c) Investmentaktiengesellschaften mit veränderlichem Kapital.	633
aa) Investmentrechtliche Sonderregelungen.	633
bb) Aufsichtsrechtliche Regelungen und Probleme	637
III. Rechtsbeziehungen nach deutschem Sachrecht	639
1. Investmentdreieck.	639
2. Rechtsverhältnis zwischen Anlegern eines Sondervermögens und Kapitalverwaltungsgesellschaft.	640
3. Organisation des Sondervermögens und Inhalt des Anteilscheins	642
4. Rechtsverhältnis zwischen Kapitalverwaltungsgesellschaft und Verwahrstelle sowie zwischen Verwahrstelle und Anlegern	644
a) Rechtsverhältnis zwischen Kapitalverwaltungsgesellschaft und Verwahrstelle	644
aa) Erforderlichkeit der Einschaltung einer Verwahrstelle sowie deren Funktion und Haftung.	644
bb) Inhaltliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen Kapitalverwaltungsgesellschaft und Verwahrstelle	647
b) Rechtliche Einordnung der Kontrollpflichten der Verwahrstelle und Rechtsverhältnis zwischen Verwahrstelle und Anlegern	649
5. Rechtsverhältnis zwischen den Anlegern des Sondervermögens	652
6. Haftungsansprüche der Anleger und deren Geltendmachung	653
a) Gegen die Kapitalverwaltungsgesellschaft bei Verwaltung eines Sondervermögens	653
b) Gegen die Kapitalverwaltungsgesellschaft bei Verwaltung des Vermögens einer Investmentgesellschaft.	656
c) Gegen die Verwahrstelle	659
IV. Anwendbares Recht	661
1. Rechtsverhältnis zwischen den Anlegern und der ausländischen Verwaltungsgesellschaft/Investmentgesellschaft	662
2. Rechtsverhältnis zwischen der ausländischen Verwaltungs- gesellschaft/Investmentgesellschaft und der Verwahrstelle	666

Inhaltsverzeichnis

3. Einschaltung von Dritten durch Verwaltungsgesellschaft bzw. Investmentgesellschaft/Verwahrstelle	668
V. Regelungen zum Vertrieb und Erwerb von Anteilen oder Aktien an ausländischen Investmentvermögen	669
1. Zielsetzung und Regelungstechnik des KAGB	669
2. Vertrieb von Anteilen oder Aktien ausländischer Investmentvermögen	671
3. Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Vertrieb von Anteilen oder Aktien ausländischer Investmentvermögen	672
a) EU-OGAW	672
b) Sonstige ausländische Investmentvermögen	673
Sachregister	677

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union (seit Februar 2003)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
aff'd	affirmed
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft; Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AIF	Alternative(r) Investmentfonds
AIFM	Alternative Investment Fund Manager(s), Verwalter alternativer Investmentfonds
AIG (a. F.)	Auslandsinvestmentgesetz (a. F.)
AktG	Aktiengesetz
All ER	All England Law Reports
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art., Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Bd.	Band
BB	Der Betriebs-Berater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bearb.	Bearbeitung, Bearbeiter
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIC	Bank Identifier Code
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BörsG	Börsengesetz
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BSchuWG	Bundesschuldenwesengesetz
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

Abkürzungsverzeichnis

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c.	chapter
C. A.	Court of Appeal, Court of Appeals
CFR	Code of Federal Regulations
Cir.	Circuit
CISG	(United Nations) Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UN-Kaufrecht
CRR	Capital Requirements Regulation, Kapitaladäquanzverordnung
D.	District Court
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
DepotG	Depotgesetz
ders., dies.	derselbe, dieselbe
Diss.	Dissertation
DK	Deutsche Kreditwirtschaft
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DStR	Deutsches Steuerrecht
ec	electronic-cash
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, vgl. mittlerweile AEUV
Einl.	Einleitung
EPC	European Payments Council
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive
ErbStG	Erbschaftssteuergesetz
ERI	Einheitliche Richtlinien für Inkassi
ESMA	European Securities and Markets Authority
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVO	Europäische Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
event.	eventuell
EVÜ	EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
eWpG	Gesetz über elektronische Wertpapiere
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende
F.2d	Federal Reporter, 2. Serie
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Finanzgericht
FinDAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz)
Fn.	Fußnote
FRUG	Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz
FS	Festschrift
F.Supp.	Federal Supplement

Abkürzungsverzeichnis

gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
grds.	grundsätzlich
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Halbs.	Halbsatz
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
hrsg.	Herausgegeben
IBAN	International Bank Account Number
ICC	International Chamber of Commerce, Internationale Handelskammer Paris
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinn
IHR	Internationales Handelsrecht
ILM	International Legal Materials
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des/der
InsO	Insolvenzordnung
IntSachenR	Internationales Sachenrecht
InvG (a. F.)	Investmentgesetz (a. F.)
InvÄndG	Investmentänderungsgesetz
InvAG	Investmentaktiengesellschaft(en)
InvKG	Investmentkommanditgesellschaft(en)
IPMA	International Primary Market Association
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinn
JBl	Juristische Blätter
J. O.	Journal Officiel
JZ	Juristen-Zeitung
KAG	Kapitalanlagegesellschaft(en), vgl. mittlerweile KVG
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
KAGG (a. F.)	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (a. F.)
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
Komm.	Kommentar
KVG	Kapitalverwaltungsgesellschaft(en)
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring

Abkürzungsverzeichnis

MaDepot	Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen
MAR	Market Abuse Regulation, Marktmissbrauchsverordnung
m.a.W.	mit anderen Worten
Md.	Maryland
m.E.	meines Erachtens
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Neubearb.	Neubearbeitung
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	NJW-Computerreport
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
no.	Numéro
Nr.	Nummer
N. Y.	New York; Fallsammlung des Staates New York, 1. Serie
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.g.	oben genannt
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
PfandBG	Pfandbriefgesetz
PIN	Personal Identification Number
PKoFoG	Pfändungsschutzkonto-Fortentwicklungsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
RechKredV	Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute
Rep.	Reports
Rev. dr. unif.	Revue de droit uniforme
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rom I	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RTGS	Real-Time Gross Settlement
S.	Seite

Abkürzungsverzeichnis

s.	siehe
SchG	Scheckgesetz
SchVG	Schuldverschreibungsgesetz
scil.	scilicet (nämlich)
sec.	section
SEPA	Single Euro Payments Area
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
Sonderbeil.	Sonderbeilage
st.	ständig(e)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication
TAN	Transaktionsnummer
TARGET	Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer
Tz.	Textziffer
u. a.	und andere; unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
UCCRS	Uniform Commercial Code Reporting Service
UCP	Uniform Customs and Practice for Documentary Credits
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law / Institut international pour l'unification du droit privé
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review
Unterabs.	Unterabsatz
U.S.	United States Supreme Court Reports
USC	United States Code
u. U.	unter Umständen
v.	von; vom; versus
VerkProspG (a. F.)	Verkaufsprospektgesetz (a. F.)
VermAnlG	Vermögensanlagengesetz
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WG	Wechselgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
WpDU	Wertpapierdienstleistungsunternehmen
WpDVerOV	Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpIG	Gesetz zur Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten (Wertpapier- institutsgesetz)
WpPG	Wertpapierprospektgesetz
z.	zum
z. B.	zum Beispiel
ZAG	Gesetz zur Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie
zahlr.	zahlreich(e)

Abkürzungsverzeichnis

ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZeuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; bis 1982 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZKA	Zentraler Kreditausschuss
ZKG	Zahlungskontengesetz
ZPO	Zivilprozessordnung
zust.	zustimmend
ZvglRWiss.	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Bankrechtshandbuch, hrsg. v. Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann Josef/Lwowski, Hans-Jürgen, 5. Aufl. 2017 (zitiert *Bearbeiter*, in: Bankrechtshandbuch)
- Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, hrsg. v. Grundmann, Stefan, 2020
- Bankvertragsrecht – Investmentbanking, hrsg. v. Grundmann, Stefan, 2021
(jeweils zitiert *Bearbeiter*, in: Bankvertragsrecht)
- Bankrechts-Kommentar, hrsg. v. Langenbucher, Katja/Bliesener, Dirk H./Spindler, Gerald, 3. Aufl. 2020 (zitiert *Bearbeiter*, in: Bankrechts-Komm.)
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J., HGB, 41. Aufl. 2021 (zitiert *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt)
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Großkommentar zum HGB, 3. Aufl., Band III/3, Bankvertragsrecht, 2. Bearb. 1981; 1. Teil (umfasst Rdnr. 1–1162), 4. Aufl. 1988 (zitiert *Canaris*)
- Claussen, Carsten Peter*, Bank- und Börsenrecht, 5. Aufl. 2014 (zitiert *Claussen* bzw. *Bearbeiter*, in: Claussen)
- Einsele, Dorothee*, Wertpapierrecht als Schuldrecht – Funktionsverlust von Effektenurkunden im internationalen Rechtsverkehr, 1995 (zitiert *Einsele*)
- Kümpel, Siegfried/Mülbert, Peter O./Früh, Andreas/Seyfried, Thorsten, Bank- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2022 (zitiert *Bearbeiter*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried)
- Kropholler, Jan*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006 (zitiert *Kropholler*)
- Münchener Kommentar, Kommentar zum BGB, Band 1 §§ 1–240, 9. Aufl. 2021, ansonsten 8. Aufl. 2019ff. (zitiert MünchKomm.-*Bearbeiter* BGB)
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022 (zitiert *Bearbeiter*, in: Reithmann/Martiny)
- Schwintowski, Hans-Peter*, Bankrecht, 6. Aufl. 2022 (zitiert *Bearbeiter*, in: Schwintowski)
- Soergel, Hans Theodor, Kommentar zum BGB; EGBGB 12. Aufl. 1996 (zitiert Soergel-*Bearbeiter* BGB); ansonsten 13. Aufl. 1999ff. (zitiert Soergel-*Bearbeiter* BGB¹³)
- Staudinger, Julius v., Kommentar zum BGB, zitiert Staudinger-*Bearbeiter* BGB (Jahreszahl der Bearbeitung)

Daneben wird in den jeweiligen Paragraphen dieses Buches die eingangs angegebene Literatur abgekürzt zitiert.

Graphische Darstellungen

- obligatorische Rechtsbeziehung
- dingliche Rechtsbeziehung
- Ausübung einzelner Funktionen oder Befugnisse

1. Kapitel: Grundlagen

§ 1 Allgemeine Verhaltenspflichten des Kreditinstituts

Literatur

Büchel, Andreas, in: Kümpel, Siegfried/Mülbert, Peter O./Früh, Andreas/Seyfried, Thorsten, Bank- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2022, 1. Hauptteil Allgemeines 3. Teil. *Bunte, Hermann-Josef*, in: Bankrechtshandbuch, hrsg. v. Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen, 5. Aufl. 2017, § 4. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988, Erster Teil, Rdnr. 1–74f. *Dahm, Joachim*, in: Bankrecht und Bankpraxis, 2. Teil: Bankgeheimnis und Bankauskunft, Band 1, Stand März 2021, Rdnr. 2/869–908. *Früh, Andreas*, in: Kümpel, Siegfried/Mülbert, Peter O./Früh, Andreas/Seyfried, Thorsten, Bank- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2022, 1. Hauptteil Allgemeines 1. Teil. *Grundmann, Stefan*, in: Grundmann, Stefan (Hrsg.), Bankvertragsrecht – Grundlagen und Commercial Banking, 2020, 2. Teil. *Hoffmann, Daniel*, in: Bankrecht und Bankpraxis, 1. Teil: AGB, Band 1, Stand November 2020, Rdnr. 1/27–79. *Hoffmann, Daniel*, in: Bankrecht und Bankpraxis, 2. Teil: Bankgeheimnis und Bankauskunft, Band 1, Stand März 2021, Rdnr. 2/840–2/868, 2/908a–1062. *Hopt, Klaus J./Roth, Markus*, in: Bankrechtshandbuch, hrsg. v. Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen, 5. Aufl. 2017, § 1. *Kirchhartz, Marcel*, in: Bank- und Börsenrecht, hrsg. v. Claussen, Carsten Peter, 5. Aufl. 2014, § 3. *Krepold, Hans-Michael*, in: Bankrechtshandbuch, hrsg. v. Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen, 5. Aufl. 2017, §§ 39–41. *Lerche, Peter*, Bankgeheimnis – verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen, ZHR 149 (1985), 165–176. *Mülbert, Peter O.*, in: Kümpel, Siegfried/Mülbert, Peter O./Früh, Andreas/Seyfried, Thorsten, Bank- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2022, 2. Hauptteil Commercial Banking 3. Teil. *Müller-Christmann, Bernd*, in: Bankrechts-Kommentar, hrsg. v. Langenbucher, Katja/Bliesener, Dirk/Spindler, Gerald, 3. Aufl. 2020, 1. Kapitel. *Nobbe, Gerd*, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, WM 2005, 1537–1548. *Schönle, Herbert*, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1976, §§ 3, 5. *Schantz, Peter*, in: Schwintowski, Bankrecht, hrsg. v. Schwintowski, Hans-Peter, 6. Aufl. 2022, Kap. 4. *Schwintowski, Hans-Peter*, in: *Schwintowski*, Bankrecht, hrsg. v. Schwintowski, Hans-Peter, 6. Aufl. 2022, Kap. 1. *Walther, Angelika*, in: Bankrechtshandbuch, hrsg. v. Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen, 5. Aufl. 2017, § 42. *Wech, Petra*, Das Bankgeheimnis – Struktur, Inhalt und Grenzen einer zivilrechtlichen Schutzpflicht, 2009.

I. Rechtsgrundlagen allgemeiner Verhaltenspflichten des Kreditinstituts

Die geschäftliche Kontaktaufnahme zwischen der Bank und ihrem Kunden begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis, aus dem unabhängig von den einzelnen Bankverträgen (z.B. Vertrag über die Einlage, Kreditvertrag, etc.) eine Reihe

von Verhaltens- und Schutzpflichten resultieren (§ 311 Abs. 2 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB).¹ Bedeutung kommt dieser Feststellung insofern zu, als diese Pflichten bereits mit Aufnahme des geschäftlichen Kontakts vor dem Abschluss der Einzelverträge entstehen und von deren Wirksamkeit unabhängig sind.² Daneben finden sich allgemeine Verhaltenspflichten der Bank aber auch in den bankrechtlichen Einzelverträgen, wie etwa die Pflicht der Bank zur Verschwiegenheit (dazu sogleich Rdnr. 4).

- 2 Hingegen leiten die Vertreter der Lehre vom allgemeinen Bankvertrag die allgemeinen Schutz- und Verhaltenspflichten des Kreditinstituts aus einem Rahmenvertrag ab, der bereits mit Aufnahme der Geschäftsverbindung und Vereinbarung der AGB-Banken zustande kommen soll. Zwar sollen aus diesem Rahmenvertrag keine primären Leistungspflichten, aber immerhin allgemeine Schutz- und Verhaltenspflichten der Bank folgen. Daneben soll sich aus dem allgemeinen Bankvertrag ein eingeschränkter Kontrahierungszwang der Bank hinsichtlich risikoneutraler Geschäftsbesorgungen ergeben.³ Zurecht hat der BGH jedoch einen solchen allgemeinen Bankvertrag abgelehnt, da nichts für die Bereitschaft der Bank spreche, schon bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung ihre gesetzlich eingeräumte Vertragsfreiheit aufzugeben und sich einem beschränkten Kontrahierungszwang zu unterwerfen.⁴ Überdies fehlt es an eigenständigen bindenden Rechtsfolgen, die durch die Willenserklärungen der Parteien in Kraft gesetzt werden. Denn primäre Leistungspflichten werden nicht vereinbart, die Schutz- und Verhaltenspflichten der Bank bestehen aber unabhängig vom Willen der Parteien.⁵
- 3 Im vorvertraglichen Bereich sind insbes. auch die umfassenden Informationspflichten angesiedelt, die beim Vertrieb von Finanzdienstleistungen an Verbraucher bestehen, sofern der Vertrag unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln wie etwa Telefon, Fax oder Internet abgeschlossen wird (§§ 312 c, 312 d Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 246 b EGBGB).⁶ Die dem Verbraucher bei Fernabsatzver-

¹ BGH 24.9.2002, WM 2002, 2281, 2282; *Canaris* Rdnr. 12–16; *Mülbert*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.11.

² *Canaris* Rdnr. 15f.; *Mülbert*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.20; bezogen auf das Bankgeheimnis im Ergebnis auch *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 8.

³ So insbes. *Hopt/Roth*, in: Bankrechtshandbuch, § 1 Rdnr. 17ff., insbes. Rdnr. 30–33; *Bunte*, in: Bankrechtshandbuch, § 4 Rdnr. 14; *Schwintowski*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 1 Rdnr. 34f.; *Schmidt, Karsten*, Handelsrecht, Unternehmensrecht I, 6. Aufl. 2014, § 20 Rdnr. 17; offen gelassen von *Kirchbartz*, in: Claussen, § 3 Rdnr. 6.

⁴ BGH 24.9.2002, WM 2002, 2281, 2282f.; so auch bereits *Canaris* Rdnr. 6–9; hingegen will *Grundmann*, in: Bankvertragsrecht, 2. Teil Rdnr. 19 die Interessenwahrungspflicht der Banken aus deren Einwirkungsmacht auf vermögenswerte Positionen des Kunden ableiten.

⁵ BGH 24.9.2002, WM 2002, 2281, 2282; *Canaris* Rdnr. 4f.; ähnlich *Schönle* § 5 II; gegen die Annahme eines allgemeinen Bankvertrags auch *Müller-Christmann*, in: Bankrechts-Komm., 1. Kapitel Rdnr. 11.

⁶ Diese Bestimmungen zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen wurden in Umsetzung der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. EG Nr. L 271, S. 16 v. 9.10.2002) in das BGB integriert und mit dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrech-

trägen von Finanzdienstleistungen mitzuteilenden Informationen gem. Art. 246 b § 1 Abs. 1 EGBGB sind dem Verbraucher grds. vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf einem dauerhaften Datenträger mitzuteilen (Art. 246 b § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB). Wird der Vertrag auf Verlangen des Verbrauchers telefonisch oder unter Verwendung eines anderen Fernkommunikationsmittels geschlossen, das die Mitteilung auf einem dauerhaften Datenträger vor Vertragsschluss nicht gestattet, hat die Bank dem Verbraucher diese Informationen unverzüglich nach Abschluss des Fernabsatzvertrags zu übermitteln (Art. 246 b § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Diese Informationspflichten bestehen indes nur, wenn der Vertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen wird (vgl. hierzu § 312 c BGB).

Ansonsten hat die Bank jedoch keine allgemeinen Aufklärungs-, insbes. Warn- und Beratungspflichten gegenüber ihrem Kunden.⁷ Die Frage, ob und in welchem Umfang solche Pflichten (ausnahmsweise) bei einzelnen Bankverträgen bestehen, wird daher im Rahmen der Darstellung der betreffenden Bankgeschäfte erörtert.

II. Bankgeheimnis

1. Rechtsgrundlagen

Rechtsgrundlage der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist bereits das gesetzliche Schuldverhältnis, das mit Aufnahme der Geschäftsverbindung entsteht.⁸ Die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist zwar auch in Nr. 2 AGB-Banken bzw. Nr. 1 Abs. 1 S. 2 AGB-Sparkassen vertraglich ausdrücklich geregelt. Sie entsteht aber bereits vor Abschluss und unabhängig von der Wirksamkeit der Einzelverträge. Relevant wird dies etwa, wenn ein Kunde einem Kreditgesuch Geschäftsunterlagen beilegt, die Bank den Kredit jedoch nicht gewährt. Um Missverständnissen vorzubeugen: Selbstverständlich sind die Parteien frei, bestimmte Verhaltenspflichten – wie etwa die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses – auch vertraglich zu regeln. Dennoch gibt es Fälle, in denen entsprechende vertraglich geregelte Pflichten den Kunden (noch) nicht schützen. Dies räumen auch die Vertreter der Lehre vom allgemeinen Bankvertrag für den Fall ein, dass es (ausnahmsweise) nicht zum Abschluss des allgemeinen Bankvertrags gekommen oder dieser unwirksam ist.⁹ Hier kann die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses nur dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten entnommen wer-

terichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung v. 20.9.2013 (BGBl. I, S. 3642) modifiziert.

⁷ So auch *Canaris* Rdnr. 103; vgl. auch *Mülbert*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.19, 3.36.

⁸ *Canaris* Rdnr. 42; *Nobbe*, WM 2005, 1539f.; *Mülbert*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.11, 3.20; *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 8.

⁹ *Hopt/Roth*, in: Bankrechtshandbuch, § 1 Rdnr. 56; *Staudinger-Martinek/Omlor* BGB (2017) § 675 B 39.

den. Darüber hinaus wird das Bankgeheimnis teilweise sogar als Gewohnheitsrecht eingeordnet.¹⁰

- 5 Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses ist aber nicht nur das vertragliche¹¹ bzw. gesetzliche Schuldverhältnis. Maßgeblich ist insofern auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als ein Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Dieses Recht umfasst „die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grds. selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebensverhältnisse offenbart werden“.¹² Primär steht dieses Grundrecht dem Bankkunden als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe zu und wirkt nicht unmittelbar im Verhältnis zwischen Bank und Kunde.¹³ Diese grundrechtliche Wertung ist aber auch zivilrechtlich im Rahmen des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. § 823 Abs. 1 BGB maßgeblich und schützt den Kunden vor der ungewollten Verbreitung personenbezogener Informationen.¹⁴ Allerdings ist bei einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Rechtswidrigkeit nicht indiziert, sondern erfordert eine Güter- und Interessenabwägung.¹⁵ Daneben werden personenbezogene Daten auch gem. Artt. 7, 8 der Charta der Grundrechte der EU geschützt. Da der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen vor der Verbreitung personenbezogener Informationen¹⁶ überdies in der VO (EU) 2016/679 v. 27.4.2016 (Datenschutz-Grundverordnung, abgekürzt DS-GVO)¹⁷ und im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)¹⁸ geregelt ist, genießt das Bankgeheimnis insofern auch einen spezialgesetzlichen Schutz. Durch diese spezialgesetzlichen Regelungen

¹⁰ Für *Nobbe*, WM 2005, 1540 „spricht sehr viel dafür, das Bankgeheimnis als vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht zu qualifizieren;“ offen gelassen von *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 5.

¹¹ So auch BGH 27.10.2009, BGH WM 2009, 2307, 2308; BGH 27.2.2007, WM 2007, 643, 644.

¹² BVerfG 15.12.1983, BVerfGE 65, 1, 41f.; für einen verfassungsrechtlichen Schutz des Bankgeheimnisses *Canaris* Rdnr. 37; *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 5f.; *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 6f., 9.

¹³ Vgl. zur Frage der Drittwirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung BVerfG 13.11.2019, NJW 2020, 300, Tz. 86ff.; *Lerche*, ZHR 149 (1985), 173; *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 7.

¹⁴ Vgl. hierzu MünchKomm.-Rixecker BGB § 12 Anh. (AllgPersönlR) Rdnr. 2f., 164 ff.

¹⁵ Vgl. etwa BGH 24.1.2006, WM 2006, 392f.; OLG München 10.12.2003, WM 2004, 74, 84; BGH 24.10.1961, BGHZ 36, 77, 79–84; BGH 21.6.1966, BGHZ 45, 296, 307.

¹⁶ Vgl. zur Begrenzung des Schutzbereichs des spezialgesetzlich geregelten Datenschutzrechts auf natürliche Personen und personenbezogene Daten Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, § 1 Abs. 1 S. 1 BDSG.

¹⁷ Genauer: VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABL EU Nr. L 119, S. 1 v. 4.5.2016, die ab dem 25.5.2018 gilt (vgl. Art. 99 Abs. 2 dieser VO).

¹⁸ Erlassen als Art. 1 des Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) v. 30.6.2017, BGBl. I, S. 2097: Dieses Gesetz trat gem. Art. 8 Abs. 1 des DSAnpUG-EU am 25.5.2018 in Kraft.

wird der darüber hinausgehende Schutz des Bankgeheimnisses durch vertragliche Vereinbarungen indes nicht ausgeschlossen (vgl. § 1 Abs. 2 S. 3 BDSG).

Die verfassungsrechtliche Grundlage und Dimension des Bankgeheimnisses hat indes nicht nur Bedeutung bei der Auslegung des § 823 BGB im Verhältnis zwischen der Bank und ihrem Kunden. Vielmehr stehen gegebenenfalls auch den Kreditinstituten verfassungsrechtlich verankerte Freiheits- und Abwehrrechte gegenüber dem Staat zu, wenn sie (gesetzlichen) Informations- und Auskunftspflichten unterworfen werden. Potentiell betroffen ist die Berufsfreiheit der Kreditinstitute gem. Art. 12 Abs. 1 GG, die Art. 2 Abs. 1 GG als spezielle Freiheitsgewährleistung vorgeht. Denn ein Eingriff des Staates in das Bankgeheimnis bedeutet auch eine Beeinträchtigung der Berufsausübung der Kreditinstitute, denen dann gegebenenfalls nicht mehr das nötige Vertrauen entgegengebracht wird.¹⁹ Zwar kann der Staat aufgrund des Gesetzesvorbehalts in Art. 12 GG das Bankgeheimnis einschränken. Jedoch müssen diese Einschränkungen durch sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sein.²⁰

2. Grundsätzlicher Schutzzumfang

Die Pflicht zur Wahrung der Verschwiegenheit erstreckt sich grds. auf alle Tatsachen, die der Kunde geheim zu halten wünscht. Somit kommt es auf den wirklichen Willen des Kunden bzw. – sofern sich dieser nicht ermitteln lässt – auf dessen mutmaßlichen Willen an.²¹ Grundsätzlich bezieht sich die Verschwiegenheitspflicht aber auf alle Tatsachen, die das Kreditinstitut im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung erfährt.²²

Kommt es nicht nur zum geschäftlichen Kontakt, sondern zum Abschluss eines Bankvertrags unter Einbeziehung der AGB, dann ist die weiter formulierte Verpflichtung der privaten Banken und Genossenschaftsbanken in Nr. 2 Abs. 1 S. 1 AGB-Banken²³ maßgeblich: Danach unterliegen dem Bankgeheimnis alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen, von denen die Bank Kenntnis erlangt. Auf die Frage, ob der Kunde die Geheimhaltung wünscht, kommt es also zunächst nicht an; vielmehr spielt diese Frage erst eine Rolle, wenn es um die Voraussetzungen einer Bankauskunft²⁴ geht. Zwar werden Bankauskünfte über juristische Per-

¹⁹ *Canaris* Rdnr. 38; *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 6; *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 9.

²⁰ BVerfG 21.2.1962, BVerfGE 14, 19, 22; vgl. auch LG Hamburg 10.1.1978, NJW 1978, 958, 959.

²¹ RG 12.12.1932, RGZ 139, 103, 105; BGH 12.5.1958, BGHZ 27, 241, 246; *Canaris* Rdnr. 48f.

²² BGH 27.10.2009, BGH WM 2009, 2307, 2308; BGH 27.2.2007, WM 2007, 643, 644; BGH 24.1.2006, WM 2006, 384; *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 10; *Hoffmann*, in: Bankrecht und Bankpraxis, Rdnr. 1/36; *Büchel*, in: Kumpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.238–3.241.

²³ Demgegenüber verpflichten sich die Sparkassen gem. Nr. 1 Abs. 1 S. 2 AGB-Sparkassen nur allgemein zur Wahrung des Bankgeheimnisses.

²⁴ Vgl. zum Inhalt der Bankauskunft Nr. 2 Abs. 2 AGB-Banken: „Eine Bankauskunft enthält allgemein gehaltene Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse

sonen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute grds. erteilt, sofern sich die Anfrage auf deren geschäftliche Tätigkeit bezieht; dies gilt allerdings nur dann, wenn der Bank oder Sparkasse keine anders lautende Weisung des Kunden vorliegt.²⁵ Bankauskünfte über Privatkunden und Vereinigungen werden hingegen von vornherein nur erteilt, wenn diese generell oder im Einzelfall ausdrücklich zugestimmt haben.²⁶

- 9 Der einzelne Bankvertrag wie auch das gesetzliche Schuldverhältnis entfalten überdies Schutzwirkungen zugunsten der Personen, über die das Kreditinstitut im Rahmen der Geschäftsverbindung Informationen erlangt hat.²⁷ Daher ist das Kreditinstitut auch diesen Personen gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet.
- 10 Da die Pflicht zur Verschwiegenheit grds. gegenüber jedermann besteht, ist das Bankgeheimnis auch im Verhältnis zu anderen Bankmitarbeitern zu wahren (sog. inneres Bankgeheimnis); eine Ausnahme besteht gegenüber Mitarbeitern, die mit der Geschäftsabwicklung oder mit Überwachungsaufgaben betraut sind.²⁸

3. Rechtsfolgen der Verletzung des Bankgeheimnisses

- 11 Hat die Bank (schuldhaft) das Bankgeheimnis verletzt, so stellt dies gleichzeitig eine Verletzung des einzelnen Bankvertrags bzw. – sofern noch kein wirksamer Einzelvertrag abgeschlossen wurde – des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Bank und Kunde dar. Daneben kann in der Verletzung des Bankgeheimnisses auch ein rechtswidriger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, event. auch in

des Kunden, seine Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit; betragsmäßige Angaben über Kontostände, Sparguthaben, Depot- oder sonstige der Bank anvertraute Vermögenswerte sowie Angaben über die Höhe von Kreditinanspruchnahmen werden nicht gemacht.“ Nr.3 Abs.1 AGB-Sparkassen enthält eine inhaltsgleiche Formulierung dessen, was bei einer Bankauskunft mitgeteilt wird.

²⁵ Nr.2 Abs.3 S.1 und 2 AGB-Banken, Nr.3 Abs.2 S.1 AGB-Sparkassen.

²⁶ Nr.2 Abs.3 S.3 AGB-Banken, Nr.3 Abs.2 S.2 AGB-Sparkassen.

²⁷ Im Grundsatz auch BGH 24.1.2006, WM 2006, 380, 386, wenngleich im konkreten Fall ablehnend; für Schutzwirkung des Bankvertrags im konkreten Fall hingegen OLG München 10.12.2003, WM 2004, 74, 82f.; dieser Entscheidung zustimmend *Schumann, Ekkehard*, Der Schutz des Kunden bei Verletzungen des Bankgeheimnisses durch das Kreditinstitut, ZIP 2004, 2353–2362; *ders.*, Noch einmal: Bankgeheimnis und Schutzwirkungen für Dritte, ZIP 2004, 2367; diese Entscheidung insbes. deshalb ablehnend, da in diesem Fall das Kreditinstitut die Kenntnis der weitergegebenen Informationen nicht in innerem Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung erlangt habe und überdies die Voraussetzung der Leistungsnähe für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bei der Gewährung eines Kredits an ein Konzernunternehmen in Bezug auf andere Konzernunternehmen nicht erfüllt gewesen sei, *Canaris, Claus-Wilhelm*, Bankgeheimnis und Schutzwirkungen für Dritte im Konzern, ZIP 2004, 1781–1790; *ders.*, Noch einmal: Bankgeheimnis und Schutzwirkungen für Dritte im Konzern, ZIP 2004, 2362–2366; ähnlich mittlerweile auch BGH 24.1.2006, WM 2006, 380, 384, 386; allgemein zu dieser Problematik *Canaris* Rdnr. 44; *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 26; *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 20.

²⁸ Vgl. hierzu auch *Hoffmann*, in: Bankrecht und Bankpraxis, Rdnr. 1/40; *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 23; *Büchel*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.244; *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 28.

den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Kunden liegen. In diesem Fall ist die Bank nicht nur wegen schuldhafter Vertragsverletzung gem. § 280 BGB gegenüber dem Kunden sowie den Dritten, die in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen sind,²⁹ sondern auch deliktsrechtlich gem. § 823 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.³⁰ Dabei haftet das Kreditinstitut im Rahmen von Vertragsverletzungen bzw. Verletzungen des gesetzlichen Schuldverhältnisses für ihre Angestellten gem. § 278 BGB, während sich die Haftung für ihre Organe sowohl im Bereich der vertraglichen wie auch deliktischen Haftung nach §§ 31, 89 BGB richtet.³¹ Hingegen haftet das Kreditinstitut für Angestellte, die nicht Organe sind, deliktisch nur im Rahmen des § 831 BGB mit dem für den geschädigten Kunden bekannten Nachteil, dass sich die Bank u. U. exkulpieren kann (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB). Werden die Grenzen der zulässigen Verarbeitung³² personenbezogener Daten (vgl. insbes. Art. 6 DS-GVO, § 24 BDSG)³³ überschritten, ist auch ein Schadensersatzanspruch des Kunden gem. Art. 82 DS-GVO bzw. § 83 BDSG, ggf. auch ein Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. den maßgeblichen Datenschutzvorschriften als Schutzgesetzen denkbar.³⁴ Bemerkenswert ist insoweit, dass Art. 82 Abs. 1

²⁹ OLG München 10.12.2003, WM 2004, 74, 80–83; im Grundsatz auch BGH 24.1.2006, WM 2006, 380, 386.

³⁰ In OLG München 10.12.2003, WM 2004, 74, 83 f. wurde zunächst vorrangig § 824 BGB geprüft, im konkreten Fall jedoch ebenso wie § 823 Abs. 1 BGB abgelehnt; für das OLG München war dabei nicht nur im Rahmen von § 824 BGB, sondern auch von § 823 Abs. 1 BGB von maßgeblicher Bedeutung, dass die geäußerten Tatsachen wahr waren; anders aber die Revisionsentscheidung BGH 24.1.2006, WM 2006, 380, 393 f., der in diesem Fall einen Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB bejahte; vgl. zu einem Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB auch *Canaris* Rdnr. 47; *Kirchhartz*, in: Claussen, § 3 Rdnr. 27; *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 63; *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 301, 303–307.

³¹ BGH 24.1.2006, WM 2006, 380, 385; OLG München 10.12.2003, WM 2004, 74, 81.

³² Der Begriff der Verarbeitung ist dabei weit zu verstehen: Gem. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO bezeichnet dieser Ausdruck jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung. In Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (ABl. EU Nr. L 119, S. 89 v. 4.5.2016) wurde der Begriff der Verarbeitung in § 46 Nr. 2 BDSG entsprechend Art. 4 Nr. 2 DS-GVO definiert.

³³ Gem. § 24 Abs. 1 BDSG ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem die Daten erhoben wurden, durch nichtöffentliche Stellen zulässig, wenn sie zur Abwehr von Gefahren für die staatliche oder öffentliche Sicherheit oder zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist oder aber zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung zivilrechtlicher Ansprüche erforderlich ist; dies allerdings nur, wenn nicht die Interessen der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegen.

³⁴ So zutreffend *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 64; *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 300.

DS-GVO dem Geschädigten auch einen Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden gewährt; ferner stellt § 83 Abs. 2 BDSG in Umsetzung von Art. 56 der Richtlinie (EU) 2016/680 v. 27.4.2016 klar, dass der Geschädigte im Fall eines Nichtvermögensschadens eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen kann. Im Übrigen können sich Schadensersatzansprüche des Inhabers eines verletzten Geschäftsgeheimnisses auch aus § 10 GeschGehG³⁵ ergeben.³⁶

- 12 Daneben steht dem Kunden ein Unterlassungsanspruch zu: bei Verletzung absolut geschützter Rechte oder Rechtsgüter gem. § 1004 BGB und bei Verstößen gegen spezialgesetzliche Datenschutzvorschriften gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. den betreffenden Vorschriften als Schutzgesetzen.³⁷ Etwas problematischer ist ein Unterlassungsanspruch bei Verletzungen der einzelnen Bankverträge bzw. des gesetzlichen Schuldverhältnisses, da die Klagbarkeit nicht eigens rechtsgeschäftlich begründeter Unterlassungspflichten umstritten ist. Die Verpflichtung der Kreditinstitute zur Wahrung des Bankgeheimnisses stellt indes eine selbständige rechtsgeschäftlich begründete Unterlassungspflicht dar, während im Fall der Verletzung des gesetzlichen Schuldverhältnisses immerhin ein schutzwürdiges Interesse des Kunden an einem auch präventiven Rechtsschutz und damit ebenfalls ein Unterlassungsanspruch besteht.³⁸
- 13 Die Verletzung des Bankgeheimnisses ist im deutschen Recht zwar nicht generell strafbewehrt. Jedoch können sich Mitarbeiter öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute wegen unbefugter Weitergabe bestimmter Privat-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse gem. § 203 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StGB strafbar machen. Im Fall von gewerbsmäßigem Handeln ist zudem die wissentliche, unberechtigte Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte, aber auch das bloße Zugänglichmachen dieser Daten gem. § 42 BDSG mit Strafe bedroht.

III. Einschränkungen des Bankgeheimnisses

Das Bankgeheimnis ist durch zahlreiche gesetzliche Vorschriften eingeschränkt, wovon hier nur einige wesentliche, insbes. spezifisch bankrechtliche, erwähnt seien.

³⁵ V. 18.4.2019, BGBl. I, S. 466.

³⁶ So zutreffend *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 64.

³⁷ Vgl. auch zum negatorischen Rechtsschutz, der nicht nur im Fall spezialgesetzlicher Anspruchsgrundlagen, sondern auch drohender Eingriffe in sämtliche Rechte und Interessen gegeben ist, die über einen Deliktstatbestand geschützt sind, MünchKomm.-Wagner BGB Vor § 823 Rdnr. 40.

³⁸ Vgl. allgemein zu selbständigen und unselbständigen Unterlassungsansprüchen MünchKomm.-Bachmann BGB § 241 Rdnr. 20–24 m. w. zahlr. N.; vgl. speziell zur Durchsetzbarkeit des Bankgeheimnisses mit Hilfe eines Unterlassungsanspruchs *Canaris* Rdnr. 70.

1. Informationspflichten gegenüber staatlichen Stellen

a) Vorschriften des Zivil- und Strafverfahrensrechts sowie des Steuerrechts

Während den Kreditinstituten bzw. ihren Mitarbeitern im Zivilprozess ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 383 Abs. 1 Nr. 6,³⁹ 384 Nr. 3 ZPO zur Wahrung des Bankgeheimnisses zusteht, ist die Bank bei der Vollstreckung in ein Bankguthaben zur Abgabe der Drittschuldnererklärung gem. § 840 ZPO⁴⁰ verpflichtet.

Im Gegensatz zum Zivilprozess ist im Strafverfahren das Kreditinstitut bzw. dessen Mitarbeiter verpflichtet, vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen und auszusagen (§ 161 a StPO), auch können Geschäftsunterlagen der Bank grds. gem. §§ 94, 98 StPO beschlagnahmt werden. Ausnahmsweise anders ist dies jedoch, wenn die Bank als Gehilfe bestimmter Berufsgruppen anzusehen ist, die zur Zeugnisverweigerung gem. § 53 StPO berechtigt sind (§ 53 a StPO). Bejaht wurde dies etwa in einem Fall, in dem ein Notar ihm anvertraute Gelder auf ein Notaranderkonto transferierte; da die Bank in Bezug auf das Notaranderkonto als Gehilfin des Notars handelte, stand ihr nicht nur ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 a StPO zu, sondern war auch die Beschlagnahme der Kontounterlagen gem. § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO unzulässig.⁴¹

Die Zeugeneinvernehmung wird bei Kreditinstituten in der Praxis aber meist durch die sog. Abwendungsauskunft und Abwendungsvorlage vermieden; hierzu stellt die Staatsanwaltschaft eine Zeugenladung nach § 161 a StPO zu bzw. legt einen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss vor und ersucht gleichzeitig darum, zur Vermeidung der Zeugeneinvernahme bzw. der Durchsuchung und Beschlagnahme die gestellten Fragen schriftlich zu beantworten bzw. die maßgeblichen Unterlagen vorzulegen.⁴²

Weitere Einschränkungen des Bankgeheimnisses finden sich im Steuerrecht. So besteht für Kreditinstitute beim Tod eines Kunden die Pflicht, die in ihrem Gewahrsam befindlichen Vermögensgegenstände sowie die gegen sie gerichteten Forderungen dem zuständigen Finanzamt anzuzeigen (vgl. § 33 Abs. 1 ErbStG).⁴³ Auch sind Kreditinstitute im Besteuerungsverfahren gem. § 93 AO zur Auskunft verpflichtet. Insbesondere wurde mit dem Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz v.

³⁹ Vgl. aber auch zu den Grenzen des Auskunftsverweigerungsrechts der Banken bei offensichtlichen Rechtsverletzungen, BGH 21.10.2015, NJW 2016, 2190, Tz. 24 ff.

⁴⁰ Die Drittschuldnererklärung ist eine Pflicht gegenüber dem Staat (vgl. MünchKomm.-Smid, Komm. z. ZPO, 6. Aufl. 2020, § 840 Rdnr. 2), auch wenn sie nur im Fall des § 840 Abs. 3 ZPO gegenüber einer staatlichen Stelle (Gerichtsvollzieher) erfüllt wird, während sie im Fall des § 840 Abs. 1 ZPO unmittelbar gegenüber dem Gläubiger abgegeben wird.

⁴¹ LG Köln 6.12.1990, WM 1991, 589.

⁴² Zu diesem Verfahren *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 180–186; *Dahm*, in: Bankrecht und Bankpraxis, Rdnr. 2/898 f.

⁴³ Diese Anzeigepflicht umfasst auch Vermögenswerte, die von einer unselbständigen Zweigniederlassung im Ausland verwahrt und verwaltet werden, vgl. BFH 16.11.2016, BFHE 256, 364; vgl. auch die Vorabentscheidung des EuGH 14.4.2016 – Rs. C-522/14 – Sparkasse Allgäu, NJW 2016, 1937.

23.6.2017⁴⁴ der bisherige § 30 a AO aufgehoben, der die Ermittlungsbefugnisse der Finanzbehörden beschränkte und das Bankgeheimnis damit auch im Bereich des Steuerrechts (in gewissem Umfang) berücksichtigte.⁴⁵ Ferner wurden mit dem Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz Sammelauskunftersuchen über noch nicht bekannte Steuerpflichtige an andere Personen als die Beteiligten – also auch an Kreditinstitute – für zulässig erklärt. Voraussetzung hierfür ist indes, dass ein hinreichender Anlass für die Ermittlungen wegen des Verdachts der Steuerverkürzung besteht und andere zumutbare Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung keinen Erfolg versprechen (vgl. § 93 Abs. 1a AO). Ermittlungen „ins Blaue hinein“ und Rasterfahndungen sind somit nach wie vor unzulässig.⁴⁶ Im Übrigen hält das BVerfG für zulässig, strafrechtliche Ermittlungen sowie einen Hausdurchsuchungsbeschluss auf Beweismittel – im konkreten Fall auf eine angekaufte Steuer-CD – zu stützen, die möglicherweise unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften erlangt wurden.⁴⁷

Seit 1. April 2005 kann die Finanzbehörde überdies auch zur (bloßen) Festsetzung oder Erhebung von Steuern die Daten abrufen, die das Kreditinstitut gem. § 24 c Abs. 1 KWG zu speichern hat, sofern ein Auskunftersuchen an den Steuerpflichtigen nicht zum Ziele geführt hat oder keinen Erfolg verspricht.⁴⁸ Konkret bedeutet dies, dass die Finanzbehörden auch außerhalb eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit die Kontostammdaten der Bankkunden und sonstigen Verfügungsberechtigten bei einem Kreditinstitut jederzeit abrufen können. Die abrufbaren Datensätze umfassen insbes. die Konto- bzw. Depotnummer, Name und Geburtsdatum des Konto- bzw. Depotinhabers, des Verfügungsberechtigten sowie Name und Anschrift eines hiervon abweichenden wirtschaftlichen Berechtigten (§ 24 c Abs. 1 S. 1 KWG), nicht jedoch Kontenstände und -bewegungen.⁴⁹ Da gem. § 24 c Abs. 1 S. 6 KWG durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen ist, dass der Abruf dem Kreditinstitut nicht zur Kenntnis gelangt, erfährt zunächst weder das Kreditinstitut noch

⁴⁴ Genauer: Gesetz zur Bekämpfung der Steuerumgehung und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften, BGBl. I, S. 1682.

⁴⁵ Vgl. auch zu der bisherigen Regelung gem. § 30 a AO, wonach – solange kein Verfahren wegen einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit eingeleitet war – sich die Finanzbehörde regelmäßig zunächst an den Steuerpflichtigen zu halten und sich erst dann mit einem Auskunftersuchen an das Kreditinstitut zu wenden hatte, wenn die Sachverhaltsaufklärung bei dem Steuerpflichtigen nicht zum Ziel führte oder keinen Erfolg versprach, *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 232–237b.

⁴⁶ Vgl. BT-Drucks. 18/11132, S. 24.

⁴⁷ Vgl. BVerfG 9.11.2010, WM 2010, 2376, Tz. 56–60; diese Rspr. wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte 6.10.2016 – 33696/11, Tz. 51 ff., zitiert nach juris, gebilligt.

⁴⁸ Art. 2 des Gesetzes zur Förderung der Steuerehrlichkeit v. 23.12.2003, BGBl. I, S. 2928, mit dem § 93 Abs. 7, 8 und § 93 b AO in die AO eingefügt wurden: Diese Vorschriften wurden mittlerweile jedoch durch das Unternehmenssteuerreformgesetz v. 14.8.2007, BGBl. I, S. 1912 und das Steuerumgehungsbekämpfungsgesetz v. 23.6.2017, BGBl. I, S. 1682 wieder geändert.

⁴⁹ Vgl. zum automatisierten Abruf von Kontoinformationen *Dahm*, in: Bankrecht und Bankpraxis, Rdnr. 2/878a.

der Kontoinhaber von dem Abruf. Allerdings sieht § 93 Abs. 9 S. 2 AO vor, dass der Betroffene von dem Kontenabruf regelmäßig nachträglich zu informieren ist; somit ist ihm wenigstens die Möglichkeit des Rechtsschutzes eröffnet.⁵⁰ Überdies ist das Ergebnis des Kontenabrufs zu dokumentieren (§ 93 Abs. 10 AO). Das BVerfG hat zwar § 93 Abs. 8 AO a.F. für verfassungswidrig erklärt, weil der Kreis der Behörden, die ein Abrufersuchen stellen konnten, und der Aufgaben, denen solche Ersuchen dienen sollten, nicht bestimmt genug war.⁵¹ Hierauf hat der Gesetzgeber aber reagiert und in dem Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 insoweit eine Konkretisierung vorgenommen, die verfassungsrechtlich Bestand haben dürfte.

b) Bankrechtliche Vorschriften nach dem GwG, KWG und WpHG

Eine vornehmlich Kreditinstitute betreffende Einschränkung des Bankgeheimnisses folgt aus § 43 Abs. 1 Geldwäschegesetz (GwG).⁵² Um Gewinne aus der organisierten Kriminalität besser aufspüren zu können und die Finanzierung des Terrorismus zu bekämpfen, sind insbesondere auch Kreditinstitute⁵³ verpflichtet, im Fall des Verdachts auf Geldwäsche (§ 261 StGB) oder der Finanzierung des Terrorismus Anzeige zu erstatten. Derjenige, der die Anzeige erstattet, kann hierfür nicht verantwortlich gemacht werden, es sei denn, die Anzeige ist vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr erstattet worden (§ 48 GwG). Danach stellt eine solche Verdachtsanzeige also keine Verletzung des Bankgeheimnisses dar, so dass darauf ge-

17

⁵⁰ Vgl. hierzu auch *Achtelik, Olaf*, in: Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann, Kreditwesengesetz, CRR-VO, 5. Aufl. 2016, § 24 c Rdnr. 15, der im Fall von Datenabrufen durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gem. § 24 c KWG kritisiert, dass keine ausdrückliche Regelung zur Überprüfung dieser Maßnahmen durch eine neutrale, unabhängige Stelle aufgenommen wurde.

⁵¹ BVerfG Beschl. v. 13.6.2007, WM 2007, 1360, 1361–1363; vgl. auch BVerfG Beschl. v. 22.3.2005, WM 2005, 641–645: In dieser Entscheidung lehnte das BVerfG es ab, das In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Förderung der Steuerehrlichkeit im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verzögern. Das Gericht stützte sich damals noch auf einen bloßen Anwendungserlass zur AO des Bundesministeriums der Finanzen; dieser Erlass erklärte den Abruf der Kontostammdaten nur anlassbezogen und zielgerichtet für zulässig, regelte die Benachrichtigung der Betroffenen und sah die Subsidiarität des Datenabrufs gegenüber anderen Beweismitteln vor.

⁵² Genauer: Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen v. 23.6.2017, BGBl. I, S. 1822: Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und Terrorismusbekämpfung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70 der Kommission (ABl. EU Nr. L 141, S. 73 v. 5.6.2015).

⁵³ Vgl. die sehr weite Definition der Verpflichteten in § 2 Abs. 1 GwG, die neben Kreditinstituten auch Finanzdienstleistungsinstitute, Zahlungsinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften, Finanzunternehmen, bestimmte Versicherungsunternehmen, Versicherungsvermittler, daneben aber auch Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, bestimmte andere Dienstleister, Immobilienmakler, Spielbanken, Veranstalter und Vermittler von Glücksspielen und Güterhändler umfasst.

gründete Schadensersatzansprüche ausscheiden.⁵⁴ Allerdings wird der Kunde von der Anzeige ohnehin nicht unbedingt erfahren, zumal das Institut den Auftraggeber der betreffenden Finanztransaktion, die im Fall ihrer Durchführung der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung dient bzw. dienen würde, über die Verdachtsanzeige nicht unterrichten darf (§ 47 Abs. 1 GwG). In den Genuss der umfassenden Freistellung nach § 48 GwG kommt im Grundsatz auch derjenige, der selbst an der Geldwäsche beteiligt war und durch die freiwillige Anzeige von einer Bestrafung befreit wird (§ 261 Abs. 8 Nr. 1 StGB). Jedoch kann sich diese Freistellung von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen nur auf Schäden beziehen, die durch die Offenlegung der Tat gegenüber den Strafverfolgungsbehörden für den Täter/Kunden entstehen, nicht jedoch auf Schäden, die durch die Geldwäsche selbst bereits eingetreten sind.

Der Erleichterung der Strafverfolgung dienen im Übrigen auch die Aufzeichnungen, die im Rahmen der Identifizierungspflichten der Kreditinstitute gem. §§ 11, 12 GwG zu erstellen und aufzubewahren sind (§ 8 GwG).

- 18 Daneben existieren eine Reihe weiterer Auskunftspflichten der Kreditinstitute und weiterer Personen gegenüber Verwaltungsbehörden, deren Erfüllung keine Verletzung des Bankgeheimnisses bedeutet: Zu nennen sind hier insbes. die Auskunftspflichten gem. §§ 44–44 c KWG sowie die Meldepflichten für Groß- und Millionenkredite gem. §§ 13 ff. KWG. Die Verpflichtung der Kreditinstitute, ein automatisiertes Abrufsystem für Kontenstammdaten zu führen (§ 24 c KWG), begründet zwar keine Auskunftspflicht der Kreditinstitute; dieses System muss aber gewährleisten, dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)⁵⁵ jederzeit auf die Kundendaten zugreifen kann, ohne dass die Kreditinstitute hiervon erfahren. Hierdurch soll verhindert werden, dass Auskunftersuchen der BaFin Kunden bei noch ungeklärter Sachlage in Misskredit bringen und nicht betroffene Stellen sensible Kundendaten erfahren.⁵⁶ Allerdings besteht die grds. jederzeit

54 Vgl. hierzu sowie den Voraussetzungen eines meldepflichtigen Verdachts OLG Frankfurt 17.12.2012 – 19 U 210/12, Tz. 25, zitiert nach juris: ausreichend ist, dass objektiv erkennbare Anhaltspunkte dafür sprechen, dass durch eine Transaktion illegale Gelder dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen oder die Herkunft illegaler Vermögenswerte verdeckt werden sollen und ein krimineller Hintergrund i.S.d. § 261 StGB nicht ausgeschlossen ist. Hingegen sind keine konkrete Kenntnisse des Finanzdienstleistungsinstitut über eine Vortat nach § 261 StGB erforderlich; *Waltber*, in: Bankrechtshandbuch, § 42 Rdnr. 499 f.; vgl. auch *Büchel*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.260.

55 Zu den Aufgaben der BaFin vgl. § 6 WpHG, vgl. auch das Gesetz über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht v. 22.4.2002 (FinDAG), BGBl. I, S. 1310, mit dem die frühere Einzelaufsicht über Banken, Versicherungen und den Wertpapiermarkt, die durch die früheren Bundesaufsichtsämter für das Kreditwesen, den Wertpapierhandel und das Versicherungswesen wahrgenommen wurde, durch die Allfinanzaufsicht der BaFin ersetzt wurde.

56 Vgl. hierzu *Findeisen, Michael*, Bankgeheimnis und Verhinderung der Geldwäsche, in: Basel II: Folgen für Kreditinstitute und ihre Kunden – Bankgeheimnis und Bekämpfung von Geldwäsche, Bankrechtstag 2003, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Band 22, 2004, S. 95–123, 118–120.

tige Zugriffsmöglichkeit auf Kundendaten der Kreditinstitute mittlerweile auch für Finanzbehörden (vgl. oben Rdnr. 16).

Weitere Melde- und Auskunftspflichten finden sich in der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente⁵⁷ sowie den Ausführungsregelungen des Wertpapierhandelsgesetz (WpHG).⁵⁸ Das WpHG hat vorrangig zum Ziel, die Integrität und Transparenz des Kapitalmarkts sowie den Anlegerschutz zu stärken und damit die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte zu verbessern.⁵⁹ Insbesondere zur Verhinderung und Aufdeckung von Fällen des Marktmissbrauchs – also von Insidergeschäften und Fällen der Marktmanipulation⁶⁰ – bestehen die Meldepflichten gem. Art. 26 Abs. 1, 2 Verordnung (EU) Nr. 600/2014 für Geschäfte in Finanzinstrumenten⁶¹, die an einem Handelsplatz⁶² gehandelt werden

57 Genauer: Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (ABl. EU Nr. L 173, S. 84 v. 12.6.2014).

58 V. 26.7.1994, BGBl. I, S. 1749ff., neu gefasst durch die Bekanntmachung v. 9.9.1998, BGBl. I, S. 2708 und geändert durch das Zweite Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMa-NoG): Mit diesem Gesetz wurde die Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (ABl. EU Nr. L 173, S. 349 v. 12.6.2014) und die Delegierte Richtlinie (EU) 2017/593 der Kommission v. 7.4.2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den Schutz der Finanzinstrumente und Gelder von Kunden, Produktüberwachungspflichten und Vorschriften für die Entrichtung beziehungsweise Gewährung oder Entgegennahme von Gebühren, Provisionen oder anderen monetären oder nicht-monetären Vorteilen (ABl. EU Nr. L 87, S. 500 v. 31.3.2017) umgesetzt. Zudem wurden Bestimmungen zur Ausführung der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (ABl. EU Nr. L 173, S. 84 v. 12.6.2014) sowie der Verordnung (EU) 2015/2365 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2015 über die Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften und der Weiterverwendung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (ABl. EU Nr. L 337, S. 1 v. 29.6.2016) und der Verordnung (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2016 über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Referenzwert oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet werden, und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2014/17/EU sowie der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (ABl. EU Nr. L 171, S. 1 v. 29.6.2016) erlassen.

59 Vgl. BT-Drucks. 12/6679, S. 1 und BT-Drucks. 18/10936, S. 1, 193; in der Tat bedeutet dieses Gesetz insofern eine wesentliche Änderung, als damit der Kapitalmarkt als solcher und nicht bestimmte Anlagearten bzw. Anlageangebote von Emittenten einer bestimmten Rechtsform geregelt wird, so zutreffend Assmann, Heinz-Dieter, in: Wertpapierhandelsgesetz, hrsg. v. Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H./Mülbert, Peter O., 7. Aufl. 2019, Einl. Rdnr. 1.

60 Vgl. Erwägungsgrund 32 der VO (EU) Nr. 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente; Gebauer, Stefan, in: Wertpapierhandelsgesetz, hrsg. v. Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H./Mülbert, Peter O., 7. Aufl. 2019, Art. 26 VO (EU) Nr. 600/2014 Rdnr. 2, Art. 24 VO (EU) Nr. 600/2014, Rdnr. 3.

61 Vgl. zum Begriff der Finanzinstrumente § 2 Abs. 4 WpHG: Von diesem Begriff sind insbesondere Wertpapiere und Derivate, mittlerweile aber auch Vermögensanlagen i.S.d. § 1 Abs. 2 VermAnlG erfasst.

62 Vgl. zum Begriff des Handelsplatzes, der den geregelten Markt (in Deutschland organisierter Markt genannt, vgl. hierzu § 2 Abs. 11 WpHG), multilaterale Handelssysteme und orga-

oder für die ein Antrag auf Zulassung zum Handel gestellt wurde. Der Meldepflicht unterliegen ferner Geschäfte in solchen Finanzinstrumenten, deren Basiswert ein an einem Handelsplatz gehandeltes Finanzinstrument ist oder deren Basiswert ein Index oder Korb von Finanzinstrumenten ist, der aus Finanzinstrumenten zusammengesetzt ist, die an einem Handelsplatz gehandelt werden.⁶³ Für die Frage, ob ein Geschäft zu melden ist, kommt es also nicht (unbedingt) darauf an, ob es an einem Handelsplatz abgeschlossen wurde. Zur Meldung verpflichtet sind dabei nicht nur inländische Kreditinstitute sowie Finanzdienstleistungsinstitute, sondern sämtliche Wertpapierfirmen im Sinn der weiten Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie 2014/65/EU v. 15. Mai 2014⁶⁴ (MiFID II). Daneben haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Betreiber von außerbörslichen Märkten, an denen Finanzinstrumente gehandelt werden, begründete Verdachtsfälle bestimmter ungedeckter Leerverkäufe von Aktien, öffentlichen Schuldtiteln und Credit Default Swaps auf öffentliche Schuldtitel⁶⁵ unverzüglich der BaFin mitzuteilen (§ 23 Abs. 1 S. 1 WpHG).

- 20 Zur Überwachung dieser Meldepflichten sowie der Verhaltenspflichten der Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. §§ 63 ff. WpHG⁶⁶ hat die BaFin das Recht, Prüfungen vorzunehmen und Auskünfte sowie die Vorlage von Unterlagen auch von Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat zu verlangen, sofern diese Wertpapierdienstleistungen gegenüber Kunden erbringen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Geschäftsleitung im Inland haben (vgl. hierzu näher § 88 Abs. 1, 2 WpHG). Die zentrale Ermächtigungsnorm für die BaFin findet sich aber mittlerweile in § 6 WpHG. Danach kann sie von jedermann (!) Auskünfte und die Vorlage von Unterlagen oder sonstigen Daten verlangen, wenn sie Anhaltspunkte für Verstöße gegen ein Gebot oder Verbot des WpHG oder bestimmter europäischer Verordnungen, wie insbes. der VO (EU) Nr. 596/2014 (Marktmissbrauchsverordnung) oder der VO (EU) Nr. 600/2014 (Verordnung über Märkte für Finanzinstrumente) hat (§ 6 Abs. 3 WpHG). Soweit dies zur Wahrnehmung der Überwachungsaufgaben der BaFin erforderlich ist, ist ihren Bediensteten auch das Betreten der Grundstücke und Geschäftsräume zu gestatten (§ 6 Abs. 11 WpHG). Daneben kann die BaFin zur Durchsetzung der Verbote und Gebote des WpHG

nisierte Handelssysteme erfasst, Art. 2 Abs. 1 Nr. 16 VO (EU) Nr. 600/2014 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 24 der Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II).

⁶³ Vgl. Art. 26 Abs. 2 VO (EU) Nr. 600/2014.

⁶⁴ Genauer: Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABL. EU Nr. L 173, 349 v. 12.6.2014; Durch die Änderungsrichtlinie (EU) 2016/1034 v. 23.6.2016 wurde die Umsetzungsfrist der MiFID II um ein Jahr auf den 3.7.2017 und deren Anwendung in den wesentlichen Teilen auf den 3.1.2018 verschoben.

⁶⁵ Gem. Artt. 12, 13, 14 der VO (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.3.2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABL. EU Nr. L 86, S. 1 v. 24.3.2012).

⁶⁶ Vgl. hierzu insbes. § 8 Rdnr. 32–44.

den Handel mit einzelnen oder mehreren Finanzinstrumenten vorübergehend untersagen oder deren Handel (kurzfristig) aussetzen (§ 6 Abs. 2 S. 4 WpHG).

2. Informationsrechte und Informationspflichten gegenüber Privatpersonen

a) Einwilligung des Kunden

Willigt der Kunde ein,⁶⁷ ist die Bank grds. zur Weitergabe kundenbezogener Daten 21 berechtigt. Allerdings hat der BGH formularmäßige Erklärungen für unwirksam erklärt, die pauschale Einwilligungen zur Weitergabe aller Daten des Kunden über die Aufnahme und Abwicklung eines Kredits an die Schufa⁶⁸ vorsahen. Der BGH forderte stattdessen eine Interessenabwägung im Einzelfall,⁶⁹ worauf die Kreditwirtschaft mit einer Änderung der Schufa-Klausel reagierte.⁷⁰ Mittlerweile finden sich die Erlaubnistatbestände für die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten aber in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. Danach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten nach wie vor zulässig, sofern die betroffene Person (also der Bankkunde) eingewilligt hat (Art. 6 Abs. 1 S. 1 a) DS-GVO). Die Anforderungen

⁶⁷ Vgl. hierzu Nr. 2 Abs. 1, Abs. 3 S. 3 AGB-Banken, Nr. 3 Abs. 2 S. 2 AGB-Sparkassen, vgl. auch oben § 1 Rdnr. 8.

⁶⁸ Dies ist die Abkürzung für Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung: Hierbei handelt es sich um eine Gemeinschaftseinrichtung der kreditgebenden Wirtschaft in Deutschland, die Daten über Kunden sammelt, um diese Informationen an ihre Vertragspartner weiterzugeben; dadurch sollen die Vertragspartner der Schufa vor Verlusten im Kreditgeschäft geschützt und die Kunden vor einer übermäßigen Verschuldung bewahrt werden, vgl. hierzu sowie zur historischen Entwicklung der Schufa *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 41 Rdnr. 1–2 b.

⁶⁹ BGH 19.9.1985, BGHZ 95, 362, 365 ff.

⁷⁰ Die bisherige Schufa-Klausel umfasst folgende Regelungen: Zunächst willigt der Kunde ein, dass seine Daten über die Beantragung, Aufnahme und Beendigung der Kontoverbindung an die Schufa übermittelt werden („neutrale“ Daten). Daneben darf das Kreditinstitut der Schufa auch Daten aufgrund nicht vertragsgemäßen Verhaltens (z. B. Konten- und Kreditkartenmissbrauch, Kreditkündigung) übermitteln, sofern dies zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist und schutzwürdige Belange des Kunden nicht beeinträchtigt werden. Denn Negativmerkmale dürfen nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG a. F. (vgl. aber auch § 28 a Abs. 1 BDSG a. F.) nur nach einer Interessenabwägung im Einzelfall an die Schufa gemeldet werden. Soweit danach eine Datenübermittlung zulässig ist, befreit der Kunde die Bank von der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses. Daneben wird der Kunde in der Schufa-Klausel darauf hingewiesen, dass die Schufa personenbezogene Daten nur dann ihren Vertragspartnern zur Verfügung stellt, wenn diese ein berechtigtes Interesse hieran im Einzelfall glaubhaft darlegen. Die Schufa-Klausel enthält ferner die Information, dass die Schufa ihren Vertragspartnern auch einen aus ihrem Datenbestand errechneten Wahrscheinlichkeitswert zur Beurteilung des Kreditrisikos mitteilen kann (sog. Scoring, vgl. hierzu auch § 28 b BDSG a. F.) und dass der Kunde selbst ebenfalls Auskunft über die ihn betreffenden gespeicherten Daten erhalten kann, vgl. zur Schufa-Klausel ausführlich *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 41 Rdnr. 13 ff.; vgl. auch dazu, dass die Auskunftspflicht der Schufa gegenüber dem Betroffenen zwar dessen personenbezogene, insbesondere kreditrelevante gespeicherte Daten, nicht aber die sog. Scoreformel, also die abstrakte Methode der Scorewertberechnung, umfasst, BGH 28.1.2014, JZ 2014, 1002 m. zust. Anm. *Paal, Boris*, JZ 2014, 1006–1009.

an eine wirksame Einwilligung sind aber (wie schon bisher) relativ hoch (vgl. Art. 7 DS-GVO), zumal vorformulierte Einwilligungserklärungen der AGB-Kontrolle unterliegen.⁷¹ Daher stellt sich – ebenso wie im Fall der Verweigerung oder des Widerrufs der Einwilligung durch den Kunden – die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verarbeitung von Kundendaten ansonsten zulässig ist. Soweit die Kreditinstitute Kundendaten an die Schufa übermitteln, aber auch, soweit die Schufa die Kundendaten verarbeitet (sog. Profiling, vgl. Art. 4 Nr. 4 DS-GVO), kann dies gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DS-GVO auch ohne eine Einwilligung des Kunden erlaubt sein. Neben einem berechtigten Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten an der Verarbeitung dieser Daten ist hierfür weitere Voraussetzung, dass die Interessen der betroffenen Kunden am Schutz ihrer personenbezogenen Daten nicht überwiegen. Bedenkt man indes, dass die Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen sogar im öffentlichen Interesse zur Kreditwürdigkeitsprüfung der Darlehensnehmer verpflichtet sind (vgl. § 18 a Abs. 1 KWG), besteht regelmäßig auf Seiten der Kreditinstitute zumindest ein berechtigtes Interesse an der Verarbeitung der Kundendaten.⁷² Nicht ersichtlich ist ferner ein überwiegendes Interesse der Kunden, dass keinerlei Verarbeitung ihrer Daten erfolgt. Problematischer ist indes die konkrete Verwendung ihrer Daten, insbesondere auch die Berechnung und Verwendung des Wahrscheinlichkeitswerts zur Beurteilung des Kreditrisikos (sog. Scoring).⁷³ Werden Informationen über Forderungen in das Scoring einbezogen, ist die Verwendung eines von einer Auskunft (Schufa) ermittelten Wahrscheinlichkeitswerts gem. § 31 Abs. 2 S. 1 BDSG⁷⁴ nur bei Vorliegen sog. harter Negativmerkmale zulässig (etwa Nichtleistung trotz Fälligkeit einer Forderung, die durch ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil festgestellt worden ist oder für die ein Schuldtitel gem. § 794 ZPO vorliegt). Im Übrigen muss der Scorewert unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens berechnet werden (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 BDSG).⁷⁵ Allerdings stellt § 31 Abs. 2 S. 2 BDSG klar, dass die Ermittlung von

⁷¹ Vgl. zu den Voraussetzungen an eine wirksame Einwilligung *Albrecht, Jan Philipp/Jotzo, Florian*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 3 Rdnr. 37–42.

⁷² Vgl. auch *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 84–92; *Büchel*, in: Kumpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.269; hingegen dürfte Art. 6 Abs. 1 S. 1 e) DS-GVO hier nicht einschlägig sein, da dies voraussetzen würde, dass die Verarbeitung der Kundendaten eine Aufgabe ist, die den Kreditinstituten bzw. der Schufa im öffentlichen Interesse übertragen wurde. § 18 a Abs. 1 KWG überträgt die Verarbeitung der Kundendaten nicht den Kreditinstituten und der Schufa, setzt aber voraus, dass eine Kreditwürdigkeitsprüfung, und zwar nicht nur anhand der Eigenangaben der Darlehensnehmer, aufgrund der verfügbaren Informationen möglich ist.

⁷³ Fraglich ist, ob die Erstellung des Score-Werts durch eine Auskunft in den Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO fällt, was zur Folge hätte, dass sie nur nach den Ausnahmetatbeständen des Art. 22 Abs. 2 DS-GVO zulässig wäre, vgl. hierzu den Vorlagebeschluss des VG Wiesbaden 1.10.2021, WM 2021, 2437, insbes. Tz 96 an den EuGH.

⁷⁴ Vgl. aber auch den Vorlagebeschluss des VG Wiesbaden 1.10.2021, WM 2021, 2437 an den EuGH, in dem das VG die Regelungskompetenz des deutschen Gesetzgebers zum Erlass des § 31 BDSG ggf. für zweifelhaft hält, vgl. insbes. Tz. 103–106.

⁷⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 86–91.

Scorewerten durch die Nutzung anderer, bonitätsrelevanter Daten (etwa sog. weicher Negativmerkmale) nach allgemeinem Datenschutzrecht unberührt bleibt. Daneben bleibt den Kreditinstituten die Möglichkeit, weitere Daten – dann aber mit Einwilligung des Kunden – (an Auskunfteien) zu übermitteln.

b) Auskunftspflicht bei Forderungsabtretung und Bankgeheimnis

Daneben hat die Bank eine Reihe zivilrechtlicher Auskunftspflichten, wie etwa 22 gem. § 402 BGB bei Abtretung einer Forderung. Insbesondere ist es Kreditinstituten durch gesetzliche Vorschriften nicht generell verwehrt, Forderungen gegen Kunden durch Abtretung zu verwerten.⁷⁶ Denn dem Datenschutzrecht lässt sich zumindest kein generelles Verbot der Forderungsabtretung entnehmen. So dürften Auskünfte der Bank über die (abgetretene) Forderung und damit auch über den Schuldner gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 c) DS-GVO zulässig sein, da die Verarbeitung/Übermittlung der personenbezogenen Daten des Schuldners zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (§ 402 BGB) des Zedenten/der Bank erforderlich ist. Daneben könnte die Weitergabe der Information aber auch gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DS-GVO zulässig sein;⁷⁷ nicht einschlägig ist hingegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 b) DS-GVO, weil es bei der Auskunftspflicht gem. § 402 BGB um eine Verpflichtung aus dem Forderungskaufvertrag und nicht primär um die Erfüllung des (Darlehens-) Vertrags zwischen dem Zedenten und dem Schuldner geht.⁷⁸ Ferner kann das Bankgeheimnis, soweit es auf vertraglichen Grundlagen beruht, kein *gesetzliches* Verbot i.S.d. § 134 BGB begründen.⁷⁹ Zudem sind die Voraussetzungen des § 203 StGB i.V.m. § 134 BGB bei privatrechtlich organisierten Kreditinstituten von vornherein nicht gegeben (vgl. § 203 Abs. 2 StGB),⁸⁰ während eine Strafbarkeit der

⁷⁶ Vgl. *Canaris* Rdnr. 61a, wonach der Auskunftsanspruch gem. § 402 BGB in aller Regel Vorrang vor dem Bankgeheimnis hat; a. A. OLG Frankfurt a. M. 25.5.2004, NJW 2004, 3266.

⁷⁷ Vgl. BGH 27.2.2007, WM 2007, 643, 645 f., wonach auch dann, wenn die Abtretung gegen die Vorschriften des BDSG verstoßen sollte, die Abtretung nicht gem. § 134 BGB nichtig wäre; vgl. auch den Nichtannahmebeschluss BVerfG 11.7.2007, WM 2007, 1694: kein Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch Abtretung einer Darlehensforderung durch ein Kreditinstitut; BGH 27.10.2009, WM 2009, 2307, 2308; OLG Celle 10.9.2003, WM 2004, 1384, 1385: Auskunft gem. § 402 BGB kein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG a. F.; LG Frankfurt a. M. 17.12.2004, BB 2005, 125, 126 = WM 2005, 1120; *Stürmer, Rolf*, Verkauf und Abtretung von Darlehensforderungen, ZHR 173 (2009), 363–378, 369 f.; *Nobbe*, WM 2005, 1543 f. sieht von vornherein einen Vorrang des Bankgeheimnisses vor den Regelungen des BDSG a. F., das lediglich als Auffanggesetz mit lückenfüllender Funktion konzipiert sei.

⁷⁸ A. A. *Abel, Ralf/Djagani, Wida*, Weitergabe von Kreditnehmerdaten bei Forderungskauf und Inkasso, ZD 2017, 114–120, 117.

⁷⁹ Im Ergebnis auch LG Frankfurt a. M. 17.12.2004, BB 2005, 125, 126 = WM 2005, 1120 m. zustimmender Besprechung *Bütter, Michael/Aigner, Kathrin*, Sieg der Vernunft: Notleidende Darlehensforderungen sind abtretbar, BB 2005, 119–123.

⁸⁰ So auch BGH 27.2.2007, WM 2007, 643, 645; a. A. OLG Frankfurt a. M. 25.5.2004, NJW 2004, 3266, 3267, wonach das Bankgeheimnis ein Abtretungsverbot begründen soll: Allerdings handelte es sich in diesem Fall um ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, auch war nicht klar, ob der Schuldner der abgetretenen Forderung diese störungsfrei bedient hatte; kritisch zu dieser Entscheidung zurecht *Nobbe*, WM 2005, 1537–1545, insbes. 1545; *Rögner, Herbert*, Bankgeheimnis im Spannungsverhältnis mit dem Kapitalmarktrecht, NJW 2004, 3230–

Mitarbeiter öffentlich-rechtlich organisierter Kreditinstitute im Geschäftsbankbereich schon aus Gründen der Gleichbehandlung nicht zu rechtfertigen ist.⁸¹

- 23 Unzutreffend ist auch, aus dem Bankgeheimnis generell einen (konkulent vereinbarten) Abtretungsausschluss (§ 399 Abs. 2 BGB) abzuleiten.⁸² Denn Abtretungen sind nach dem Grundsatz der Privatautonomie grds. als zulässig anzusehen. Der Ausschluss der Abtretbarkeit ist daher die Ausnahme, die von den Parteien erklärt worden sein muss und diesen nicht lediglich unterstellt werden darf.⁸³ Im Übrigen steht die generelle Unabtretbarkeit von Forderungen nicht nur im Widerspruch zum Interesse der Banken, notleidend gewordene Forderungen zu veräußern und die Vorteile des Outsourcing (§ 25 b Abs. 1, 2 KWG, für Wertpapierinstitute vgl. auch § 40 WpIG) zu nutzen;⁸⁴ vielmehr liegt es auch nicht im Interesse der Kunden, wenn sie weniger effektive Organisationsmöglichkeiten der Kreditinstitute letztlich über höhere Zinsen finanzieren müssen.⁸⁵ Besonders offensichtlich wird die Bedeutung, die das Gesetz der Verkehrsfähigkeit von Forderungen beimisst, wenn Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften abgetreten werden (vgl. § 354 a Abs. 1 HGB). Mit dem Risikobegrenzungsgesetz⁸⁶ wurde zwar auch für Kaufleute die Möglichkeit geschaffen, für Forderungen der Kreditinstitute aus Darlehensverträgen einen Abtretungsausschluss i. S. d. § 399 BGB wirksam zu vereinbaren (§ 354 a Abs. 2 HGB). Diese Vorschrift macht indes gleichzeitig deutlich, dass die Forderungsabtretung nicht ohnehin schon wegen des Bankgeheimnisses ausgeschlossen ist. Im Übrigen ist auch bei Abtretung von Forderungen gegen

3233; *Böhm, Michael*, Asset Backed Securities und die Wahrung des Bankgeheimnisses, BB 2004, 1641–1644; *Jobe, Clemens J.*, Verkauf und Abtretung von Kreditforderungen und das Bankgeheimnis, ZIP 2004, 2415–2420.

⁸¹ Ebenso BGH 27.10.2009, WM 2009, 2307, 2308 f.; *Nobbe*, WM 2005, 1542 f.; a. A. *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 60.

⁸² So auch BGH 27.2.2007, WM 2007, 643, 644 f.; a. A. OLG Frankfurt a. M. 25.5.2004, NJW 2004, 3266, 3267; a. A. (und wie im Text vertreten) LG Frankfurt a. M. 17.12.2004, BB 2005, 125, 126 = WM 2005, 1120; LG Koblenz 25.11.2004, WM 2005, 30, 32 f.

⁸³ So auch *Nobbe*, WM 2005, 1541; vgl. darüber hinaus auch § 22 d Abs. 4 KWG (vgl. das Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters v. 22.9.2005, BGBl. I, S. 2809), wonach sogar ein (lediglich) mündlicher oder konkludenter Abtretungsausschluss nicht der Eintragung einer Forderung in das Refinanzierungsregister entgegensteht. Rechtsfolge einer solchen Eintragung ist, dass der Übertragungsberechtigte im Fall der Insolvenz des Refinanzierungsunternehmens (etwa eines Kreditinstituts) die eingetragene Forderung aussondern kann (vgl. § 22 j Abs. 1 KWG), vgl. hierzu auch *Schmalenbach, Dirk/Sester, Peter*, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Eintragung in das neu geschaffene Refinanzierungsregister, WM 2005, 2025–2035, insbes. 2028.

⁸⁴ Auch ist die Abtretung von Darlehensforderungen an Nicht-Banken nicht etwa wegen eines Verstoßes gegen § 32 Abs. 1 S. 1 KWG (i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG) gem. § 134 BGB nichtig, BGH 19.4.2011, WM 2011, 1168, Tz. 17–22.

⁸⁵ Hierauf weist *Cahn, Andreas*, Bankgeheimnis und Forderungsverwertung, WM 2004, 2041–2051, 2045 zutreffend hin.

⁸⁶ Genauer: Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) v. 12.8.2008, BGBl. I, S. 1666; vgl. hierzu auch *Langenbucher, Katja*, Kredithandel nach dem Risikobegrenzungsgesetz, NJW 2008, 3169–3173.

nichtkaufmännische Kunden die grds. Entscheidung des Gesetzes für die Abtretbarkeit (§ 398 BGB) zu berücksichtigen.

Daher führt das Bankgeheimnis in aller Regel weder zu einem stillschweigend vereinbarten Abtretungsausschluss von Kundenforderungen gem. § 399 Alt. 2 BGB⁸⁷ noch zu einem gesetzlichen Abtretungsverbot gem. § 134 BGB i. V. m. § 203 Abs. 1 StGB oder Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. Dies schließt jedoch nicht aus, dass die Bank mit der Abtretung von Kundenforderungen u. U. ihre Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses verletzt und daher gem. § 280 Abs. 1 BGB oder Art. 82 DS-GVO schadensersatzpflichtig wird.⁸⁸

Teilweise wird allerdings generell ein Vorrang der Auskunftspflicht des § 402 BGB gegenüber der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses angenommen.⁸⁹ Deutlich restriktiver sieht ein Großteil der Literatur die Zession von Kundenforderungen nur dann als zulässig an, wenn die Bank ein berechtigtes Interesse an der Abtretung hat und schutzwürdige Interessen des Kunden nicht verletzt sind (vgl. auch § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG a. F., mittlerweile Art. 6 Abs. 1 S. 1, insbes. f) DS-GVO).⁹⁰ Teilweise wird auch die Abtretung an Banken, die ebenfalls der Geheimhaltungspflicht (gegenüber sonstigen Dritten) unterliegen, grds. als zulässig angesehen.⁹¹ Die letztgenannte Ansicht erscheint allerdings schon deshalb problematisch, weil das Bankgeheimnis im Grundsatz sogar gegenüber anderen Mitarbeitern innerhalb eines Kreditinstituts besteht (inneres Bankgeheimnis). Im Übrigen sind bei der Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen die Bank Kundenforderungen abtreten darf, die Bedeutung des Bankgeheimnisses für den Kunden und die Vertrauensbeziehung zu seiner Bank zu berücksichtigen.

⁸⁷ BGH 19.4.2011, WM 2011, 1168, Tz. 25; zweifelnd, ob Abtretung an jeden Zessionar erlaubt ist oder dieser nicht vielmehr ein gewisses Maß an Seriosität aufweisen, am besten sogar eine Bank sein muss, *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 61; ähnlich *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 62.

⁸⁸ So auch BGH 27.2.2007, WM 2007, 643, 644; LG Frankfurt a. M. 17.12.2004, BB 2005, 125, 126 = WM 2005, 1120; LG Koblenz 25.11.2004, WM 2005, 30, 32 f.; *Nobbe*, WM 2005, 1545; *Wech* S. 529 ff.

⁸⁹ Vgl. etwa *Canaris* Rdnr. 61 a.

⁹⁰ Vgl. *Cahn, Andreas*, Bankgeheimnis und Forderungsverwertung, WM 2004, 2041–2051, insbes. 2047; *Hoffmann*, in: Bankrecht und Bankpraxis, Rdnr. 2/856e; vgl. auch *Jobe, Clemens J.*, Verkauf und Abtretung von Kreditforderungen und das Bankgeheimnis, ZIP 2004, 2415–2420, 2418 f., der ein berechtigtes Interesse des Bankkunden an der Geheimhaltung verneint, wenn Kreditforderungen im Zusammenhang mit Maßnahmen der Risiko- oder Eigenkapitalsteuerung, der Refinanzierung, der Auslagerung oder zum Zweck des Verkaufs von Problemkrediten abgetreten werden, wobei weitere Voraussetzung sei, dass die Bank den Forderungskäufer sorgfältig auswähle und dessen Seriosität nicht zweifelhaft sei.

⁹¹ So Anm. zu OLG Frankfurt a. M. 25.5.2004 *Langenbucher, Katja*, BKR 2004, 333, 334; *Cahn, Andreas*, Bankgeheimnis und Forderungsverwertung, WM 2004, 2041–2051, 2047; jedenfalls für die Möglichkeit, sich vom Bankgeheimnis und Datenschutz insoweit freizuzeichnen, als die Weitergabe an Banken in Frage steht, die ihrerseits zur Vertraulichkeit verpflichtet sind, *Stürner, Rolf*, Verkauf und Abtretung von Darlehensforderungen, ZHR 173 (2009), 363–378, 370.

- 26 Bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Abtretungen sind m. E. folgende Punkte zu beachten: Zunächst stellt die Abtretung von Forderungen keinen Verstoß gegen das Bankgeheimnis dar, wenn die kreditnehmerbezogenen Daten nur in anonymisierter oder verschlüsselter Form an den Zessionar weitergeleitet werden und der Zedent die Abwicklung der Kreditverträge und Einziehung der Forderungen übernimmt.⁹² Denn nicht die Abtretung der Forderung als solche, sondern lediglich die Auskunft gem. § 402 BGB kann einen Verstoß gegen das vertraglich und gesetzlich geschützte Bankgeheimnis begründen.⁹³ Darüber hinaus ist die Zession von Kundenforderungen – auch unter Weiterleitung nicht anonymisierter und verschlüsselter kreditnehmerbezogener Daten – generell zulässig, soweit der Kunde sich vertragswidrig verhalten hat und der Kredit notleidend wurde. Die Bank hat dann ein überwiegendes Eigeninteresse (vgl. hierzu § 1 Rdnr. 28) an der Verwertung der Forderung, sei es, dass sie diese selbst einklagt oder aber zur Einziehung abtritt.⁹⁴ Im Übrigen sind Maßnahmen zur Risiko- und Eigenkapitalsteuerung, wie etwa die Verteilung des Kreditrisikos durch den Zusammenschluss mehrerer Banken in einem Konsortium (vgl. unten § 4 Rdnr. 57 ff.), ebenfalls als zulässig anzusehen, sofern der Dritte (Zessionar) zur Verschwiegenheit über die Kundendaten verpflichtet ist oder verpflichtet wird.⁹⁵ Damit sollen Abtretungen an geheimhaltungspflichtige Zessionare jedoch nicht generell für zulässig erklärt werden; vielmehr wird lediglich die Datenweitergabe im Rahmen bestimmter Maßnahmen als mit dem Bankgeheimnis vereinbar angesehen, zumal solche Maßnahmen für den Kunden über niedrigere Zinsen letztlich ökonomisch vorteilhaft und daher im Zweifel auch gewollt sind.

c) Sonstige Informationsrechte und Informationspflichten

- 27 Auskunftspflichtig ist die Bank aber auch gem. §§ 260, 809f. BGB sowie in den Fällen, in denen sich aus dem Wesen eines Rechtsverhältnisses ergibt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder über den Umfang seines Rechts im Ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer solche Auskünfte zu erteilen.⁹⁶ In diesen Fällen, die eine Sonderverbindung in Form eines Vertrags, eines gesetzlichen Schuldverhältnisses oder einer sachenrechtlichen Be-

⁹² Vgl. zu Einschränkungen der Weitergabe personenbezogener Daten (durch Verschlüsselung von Daten und Hinterlegung der Datenschlüssel bei einer neutralen Stelle) im Fall von Asset-Backed Securities *Klüwer, Arne C.*, Asset-Backed Securitisation – Grundlagen und ausgewählte Rechtsfragen eines Finanzierungsmodells aus der Perspektive des deutschen und des US-amerikanischen Rechts, 2001, S. 217–220; insbes. auch wegen der Verschlüsselung der Daten bei Asset-Backed-Securities hält *Stiller, Dirk*, Asset-Backed-Securities und das Bankgeheimnis, ZIP 2004, 2027–2032, 2029f., 2031 ABS-Transaktionen nicht für eine Verletzung des Bankgeheimnisses.

⁹³ Hierauf weist auch BGH 27.2.2007, WM 2007, 643, 644f. zu Recht hin.

⁹⁴ Vgl. *Nobbe*, WM 2005, 1546f.

⁹⁵ Vgl. auch *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 65–71 mit Hinweis auf die Grundsätze zum inneren Bankgeheimnis, vgl. hierzu § 39 Rdnr. 23.

⁹⁶ St. Rspr., vgl. BGH 17.5.1994, NJW 1995, 386, 387; BGH 4.6.1981, BGHZ 81, 21, 24; BGH 28.10.1953, BGHZ 10, 385, 387.

ziehung voraussetzen, ist die Bank gem. § 242 BGB zur Auskunft verpflichtet.⁹⁷ Als Rechtfertigungsgründe für Offenlegungen der Bank kommen ferner Notwehr und Nothilfe (§ 227 BGB), aber auch eine vertragliche Pflichtenkollision – z. B. die Kollision des Bankgeheimnisses mit einer Schutzpflicht zugunsten eines anderen Kunden⁹⁸ – in Betracht: so etwa, wenn die Bank erkennt, dass ein Kunde gegenüber einem anderen Kunden einen Kreditbetrug begehen möchte.⁹⁹ Ansonsten aber ist Vorsicht geboten, soweit es um die Weitergabe von nicht öffentlich bekannten Tatsachen – etwa auch im Rahmen der Anlageberatung – geht. Insbesondere ist es als Verstoß gegen das Insiderhandelsverbot anzusehen, wenn eine Bank ihr Insiderwissen in die Anlageberatung oder in die Vermögensverwaltung für ihre Kunden einfließen lässt (vgl. Artt. 8 Abs. 2, 14 b) VO (EU) Nr. 596/2014 (Marktmissbrauchsverordnung)).¹⁰⁰

Eine Offenlegung kundenbezogener Tatsachen kann auch wegen überwiegender Eigeninteressen der Bank gerechtfertigt sein,¹⁰¹ wenn z. B. die Bank Forderungen

⁹⁷ Vgl. BGH 5.11.2003, NJW 2003, 582, 584; BGH 13.11.2001, BGHZ 149, 165, 174 f.; vgl. hierzu auch OLG Oldenburg 28.3.1985, WM 1985, 748 f.: Diese Entscheidung betraf einen Fall, in dem ein Darlehen an den Vater gegeben wurde, für das Grundpfandrechte an dem Grundstück des Sohnes bestellt wurden. Da der Sohn dieses Grundstück später lastenfrei verkaufen wollte, begehrte er von der Bank Auskunft über die Höhe des noch offenen Kredits. Das OLG Oldenburg hielt die Bank gegründet auf die sachenrechtliche Beziehung für auskunftspflichtig, ohne dass der Vater sich mit Erfolg auf das Bankgeheimnis hätte berufen können.

⁹⁸ Eine Pflichtenkollision und nach Interessenabwägung eine Warnpflicht der Bank hat der BGH im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs bereits mehrfach angenommen: Bejaht wurde dies etwa in einem Fall, in dem für die Bank objektiv evident war, dass von dritter Seite auf das Konto ihres Kunden eingezahlte Gelder von diesem veruntreut wurden, vgl. BGH 6.5.2008, WM 2008, 1252, 1253. Eine Warnpflicht der überweisenden Bank gegenüber dem Überweisenden wurde außerdem im Fall einer Hausüberweisung angenommen, in dem die Bank Kenntnis von der Zahlungseinstellung des Empfängers oder Kenntnis vom unmittelbaren Bestehen seines wirtschaftlichen Zusammenbruchs hatte, da dies zur Folge haben konnte, dass der (vorleistende) Überweisende mit seiner Gegenforderung im Konkurs des Empfängers ausfiel, vgl. BGH 29.9.1986, WM 1986, 1409, 1410; vgl. zu Aufklärungs- und Warnpflichten der Bank gegenüber ihrem Kunden nach Abwägung der Interessen ihres Geschäftspartners an der Geheimhaltung seiner Vermögensverhältnisse auch BGH 27.11.1990, WM 1991, 85 f.; vgl. zu dieser Interessenabwägung bei Pflichtenkollision der Bank *Canaris* Rdnr. 60 f.; *Büchel*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.250; v. *Spannenberg*, *Michael*, in: Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz, HGB, Band 2, 4. Aufl. 2020, A. BankR I Rdnr. 176; *Krepold* in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 88–92; vgl. auch zur Pflichtenkollision der Bank, wenn ein Kunde bei der Überweisung versehentlich eine falsche Kontonummer des Empfängers angibt und hierauf Auskunft von der Bank über den Namen des tatsächlichen Empfängers verlangt, um so seinen Bereicherungsanspruch gegen diesen geltend machen zu können, vgl. § 6 Rdnr. 158b.

⁹⁹ *Canaris* Rdnr. 59; *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 87; *Wech* S. 426; *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 56.

¹⁰⁰ Vgl. *Hopt*, *Klaus J./Kumpan*, *Christoph*, in: Bankrechtshandbuch, § 107 Rdnr. 75; *Assmann*, *Heinz-Dieter*, in: Wertpapierhandelsgesetz, hrsg. v. Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H./Mülbert, Peter O., 7. Aufl. 2019, Art. 8 VO (EU) Nr. 596/2014 Rdnr. 76 ff., Art. 10 VO (EU) Nr. 596/2014 Rdnr. 58–61.

¹⁰¹ *Canaris* Rdnr. 62; *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 57; im Grundsatz auch LG München 18.2.2003, WM 2003, 725, 738, wenn auch im konkreten Fall ablehnend.

gegen einen Kunden einklagen¹⁰² oder sich gegen ehrenrührige Vorwürfe des Kunden zur Wehr setzen will.¹⁰³ Teilweise wurde auch ein Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen (vgl. § 193 StGB) der Bank bejaht.¹⁰⁴ Richtigerweise sollten aber Durchbrechungen des Bankgeheimnisses nicht bereits durch berechnete, sondern nur durch überwiegende Interessen der Bank gerechtfertigt werden können;¹⁰⁵ ansonsten würde das Bankgeheimnis auch im Hinblick auf Offenlegungen gegenüber (dritten) Privatpersonen fast ebenso weitgehend durchlöchernt, wie dies im Verhältnis zu staatlichen Stellen ohnehin schon der Fall ist.

102 *Krepold*, in: Bankrechtshandbuch, § 39 Rdnr. 97; *Wech* S. 464; *Schantz*, in: Schwintowski Bankrecht, Kap. 4 Rdnr. 57.

103 *Canaris* Rdnr. 58, 62.

104 So BGH 20.6.1978, WM 1978, 999, 1001.

105 Vgl. hinsichtlich des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten auch Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DS-GVO, wonach gegenüber den Interessen des Betroffenen überwiegende berechnete Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten vorliegen müssen; zurückhaltend gegenüber dem Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen im Zusammenhang mit Durchbrechungen des Bankgeheimnisses auch *Hoffmann*, in: Bankrecht und Bankpraxis, Rdnr. 2/927.

§ 2 Allgemeine Rechtsprobleme bei Bankgeschäften mit Auslandsbezug

I. Einführung in das internationale Privatrecht der Bankgeschäfte

Weisen Bankgeschäfte einen wie auch immer gearteten Bezug zum Ausland auf, stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht. Diese Frage wird vom internationalen Privatrecht beantwortet, das jedoch im Grundsatz nationales und nicht international geltendes Recht ist und daher auch treffender Kollisionsrecht genannt wird. Dabei gelten für Bankgeschäfte im Grundsatz dieselben internationalprivatrechtlichen Regeln wie für sonstige privatrechtliche Rechtsverhältnisse. Dies bedeutet, dass bei grenzüberschreitenden Sachverhalten jeder Richter das internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) des eigenen Staates, also die Kollisionsnormen der *lex fori* anwendet. Ist daher ein deutscher Richter mit einem bankrechtlichen Sachverhalt mit Auslandsbezug befasst, prüft er anhand der Regeln des EGBGB, welches Recht auf diesen Sachverhalt zur Anwendung kommt, sofern nicht Regelungen der EU oder Staatsverträge vorrangige Geltung beanspruchen (vgl. Art. 3 Nr. 1 und 2 EGBGB). Vorschriften zum anwendbaren Recht finden sich teilweise aber auch in Spezialgesetzen (z. B. in Artt. 91 ff. WG, Artt. 60 ff. SchG).

Im Bereich des Bankvertragsrechts geht es häufig um Schuldverträge und um das auf diese anzuwendende Recht. Insoweit gibt es in Europa vereinheitlichtes Kollisionsrecht. Dieses beruht auf der Rom I-Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 (im Folgenden Rom I).¹ Die Rom I-VO gilt seit 17.12.2009² in allen EU-Mitgliedstaaten außer Dänemark³ und löste das Römische EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v.

¹ Genauer: Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EU Nr. L 177, S. 6 v. 4.7.2008.

² Vgl. Art. 29 Rom I.

³ Vgl. Erwägungsgrund 46 Rom I; hingegen hat das Vereinigte Königreich (anders als in Erwägungsgrund 45 bestimmt) mitgeteilt, dass es die Rom I-Verordnung anzunehmen wünscht. Hierauf erging am 22.12.2008 die Entscheidung der Kommission, dass Rom I auch auf das Vereinigte Königreich Anwendung findet, vgl. ABl. EU Nr. L 10, S. 22 v. 15.1.2009; nach dem sog. Brexit und dem Ende der Übergangsphase am 31.12.2020 gilt die Rom I-VO im Vereinigten Königreich nur noch für Verträge, die vor dem 31.12.2020 abgeschlossen wurden (vgl. hierzu Artt. 66 a), 126 Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 24.1.2020, ABl. EU Nr. L 29, S. 7 v. 31.1.2020); mittlerweile gilt die Rom I-VO – wenngleich mit geringen Modifikationen – als englisches Recht weiter (vgl. hierzu sec. 3 (1) European Union (Withdrawal) Act 2018 sowie The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019, Statutory Instruments

19.6.1980 (EVÜ)⁴ ab. Danach können die Parteien im Grundsatz frei wählen, welches Recht auf den Schuldvertrag zur Anwendung gelangen soll (Art. 3 Abs. 1 Rom I).⁵ Liegt keine Rechtswahl vor, so ist das Recht der engsten Verbindung maßgeblich (vgl. im Einzelnen Art. 4 Rom I). Die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebende Rechtsordnung wird als Statut bezeichnet, so dass das für den Vertrag gem. Artt. 3 ff. Rom I maßgebliche Recht das Vertragsstatut ist.⁶

- 3 Bei der Anwendung der internationalprivatrechtlichen Vorschriften ist zu berücksichtigen, dass die deutschen Kollisionsnormen i.d.R. sog. Gesamtverweisungen darstellen (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB). Dies bedeutet, dass im Fall von Verweisungen auf das ausländische Recht i.d.R. zunächst die Kollisionsnormen dieses Rechts anzuwenden sind, um zu prüfen, ob die Rechtsordnung, auf die das EGBGB verweist, den betreffenden Sachverhalt aufgrund ihrer Sachnormen⁷ regeln will oder nicht vielmehr auf das Recht eines dritten Staates weiterverweist (sog. Renvoi (Rückverweisung) i. w. S.) oder auf das deutsche Recht zurückverweist (sog. Renvoi (Rückverweisung) i. e. S.). Im ersteren Fall ist der Weiterverweisung auf das Recht eines Drittstaats grds. zu folgen, während im letzteren Fall – auch bei einer Gesamtverweisung des ausländischen Rechts – stets das deutsche Sachrecht zur Anwendung kommt (Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB).⁸
- 4 Von dem Grundsatz der Gesamtverweisung gibt es aber bedeutsame Ausnahmen. Besonders interessant ist im vorliegenden Zusammenhang die Sachnormverweisung⁹ (Gegenstück zu Gesamtverweisung), die in Art. 20 Rom I ausgesprochen wird: Danach ist unter dem Recht, das gem. Artt. 3 ff. Rom I auf Schuldverträge und damit auch auf bankrechtliche Schuldverträge zur Anwendung gelangt, das Sachrecht und nicht das Kollisionsrecht des betreffenden Staates zu verstehen. Diese Regelung hat einen guten Grund: Sofern die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben, werden sie damit regelmäßig das Sachrecht dieses Staates meinen, zumal

2019 No. 834), vgl. hierzu auch *Mankowski, Peter*, Brexit und Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, EuZW-Sonderausgabe 1/2020, 3–13, insbes. 6.

4 Siehe BGBl. 1986 II, S. 810.

5 Allerdings wird die Rechtswahl bei bestimmten Verträgen in ihren Wirkungen beschränkt. Dies gilt für Verbraucherverträge gem. Art. 6 Rom I, für die im vorliegenden Zusammenhang weniger interessanten Arbeitsverträge gem. Art. 8 Abs. 1 Rom I sowie gem. Art. 46 b EGBGB, um den gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutz zur Geltung zu bringen.

6 Entsprechend handelt es sich bei dem Gesellschaftsstatut um das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht, bei dem Vollmachtstatut um das auf die Vollmacht anwendbare Recht, bei dem Formstatut um das auf die Form anwendbare Recht, etc.

7 Sachnormen sind also die Normen, die in der Sache selbst entscheiden (vgl. zu dieser Begriffsbestimmung v. *Bar, Christian/Mankowski, Peter*, Internationales Privatrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 4 Rdnr. 2) und nicht nur – wie Kollisionsnormen – das anwendbare Recht bestimmen.

8 Verweist das ausländische Recht auf das deutsche Recht zurück, ist ein Abbrechen der Verweisungskette gerade auch im Fall einer Gesamtverweisung des ausländischen auf das deutsche Recht – wie von Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB vorgesehen – schon deshalb sinnvoll, um so ein endloses Hin und Her der Verweisungen zu vermeiden, vgl. statt vieler *Kropholler* § 24 II 3 (S. 173 f.).

9 Vgl. hierzu auch die Begriffsbestimmung in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EGBGB.

sich das Ergebnis der Anwendung kollisionsrechtlicher (Verweisungs-)Normen meist nicht so leicht überblicken lässt. Aber auch in dem Fall einer objektiven Anknüpfung des anzuwendenden Rechts an das Recht der engsten Verbindung (Art. 4 Rom I) erscheint der Ausschluss des *Renvoi* gem. Art. 20 Rom I sinnvoll. Denn warum sollte man zunächst die relativ ausdifferenzierten Regelungen zum Recht der engsten Verbindung gem. Art. 4 Rom I anwenden, um dann über das Kollisionsrecht des betreffenden Staates – mehr oder weniger überraschend – doch auf das (Sach-)Recht eines anderen Staates verwiesen zu werden?

Wenn auch im Bereich des Schuldvertragsrechts der Grundsatz der Sachnormverweisung gilt, schließt dies nicht unbedingt die Wahl des Kollisionsrechts eines Staates aus.¹⁰ Denn im Gegensatz zu den Materien, die mit der allgemeinen Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 S. 2 EGBGB¹¹ erfasst werden, gilt im Bereich des Schuldvertragsrechts der Grundsatz der freien Rechtswahl; die Gefahr, den Kreis der wählbaren Rechte über die Wahl des Kollisionsrechts eines Staates zu erweitern, besteht hier also nicht.¹² 5

Bei der Anwendung der Kollisionsnormen ist weiter zu beachten, dass die verschiedenen Teilfragen (materielle Wirksamkeit eines Vertrags, Einhaltung der Form, Vertretungsmacht) verschieden angeknüpft werden (können), will heißen, dass unterschiedliche Kollisionsnormen und häufig damit auch unterschiedliche Rechtsordnungen zur Anwendung gelangen. Ob etwa eine Bank gegenüber einem Kunden wirksam eine Bürgschaft übernommen hat, richtet sich hinsichtlich der materiellen Wirksamkeit der Bürgschaft nach den Artt. 3 ff. Rom I. Ob allerdings der Vertrag formwirksam ist, ist nach Art. 11 Abs. 1 und 2 Rom I zu entscheiden, also alternativ nach dem Recht des Abschlussortes oder nach dem Recht, das für die (materiellrechtliche) Wirksamkeit des Vertrags maßgeblich ist. Demgegenüber 6

¹⁰ So auch *Brödermann/Wegen*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Komm. z. BGB, 16. Aufl. 2021, Art. 3 Rom I Rdnr. 7, Art. 20 Rom I Rdnr. 3; *Staudinger-Hausmann* BGB (2021) Art. 20 Rom I Rdnr. 12; a. A. aber wohl MünchKomm.-*Martiny* BGB Art. 20 Rom I Rdnr. 6; *Rühl, Gisela*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: FS Kropholler, 2008, S. 187–209, 195; vgl. für die Möglichkeit der Wahl des Kollisionsrechts unter der Geltung der Vorläuferregelung des Art. 35 EGBGB a. F. *Soergel-v. Hoffmann* BGB Art. 35 EGBGB Rdnr. 7; *v. Bar, Christian/Mankowski, Peter*, Internationales Privatrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 7 Rdnr. 226; a. A., d. h. gegen die Möglichkeit der Kollisionsrechtswahl auch im Rahmen des Art. 35 EGBGB a. F. *Kartzke, Ulrich*, *Renvoi* und Sinn der Verweisung, IPRax 1988, 8–13, 8.

¹¹ Soweit die Parteien das Recht eines Staates wählen können, können sie nämlich gem. Art. 4 Abs. 2 S. 2 EGBGB nur dessen Sachvorschriften wählen. Als generelle Regelung ist dies auch sinnvoll: Denn grds. besteht die Möglichkeit der Rechtswahl nur unter bestimmten Rechtsordnungen. Durch Art. 4 Abs. 2 S. 2 EGBGB wird daher sichergestellt, dass der Kreis der wählbaren Rechte nicht dadurch erweitert werden kann, dass das Kollisionsrecht der gewählten Rechtsordnung auf das (Sach-)Recht eines weiteren Staates verweist (vgl. *Stoll, Hans*, Bemerkungen zu den Vorschriften über den „Allgemeinen Teil“ im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuordnung des IPR (Art. 3–9, 11–12), IPRax 1984, 1–4, 2 f.; *Kropholler* § 24 II 5 (S. 175)).

¹² Anders ist dies im Anwendungsbereich der generellen Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 S. 2 EGBGB, da hier die Rechtswahl nur unter bestimmten Rechtsordnungen eröffnet ist.

richtet sich die Frage, ob die bei Vertragsschluss handelnden Personen geschäftsfähig sind, nach Art. 7 Abs. 2 EGBGB (also bisher noch nach dem Recht des Heimatstaates, ab 1.1.2023 dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates der betreffenden Personen) und ob sie ggf. rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht für den jeweiligen Vertragspartner hatten, nach dem mittlerweile gesetzlich in Art. 8 EGBGB¹³ konkretisierten Recht des Gebrauchsortes der Vollmacht.¹⁴ Im konkreten Fall mag aber auch denkbar sein, dass eine Person den Vertrag als Organ abgeschlossen hat (etwa als Vorstand einer deutschen Aktiengesellschaft bzw. als director einer englischen public company limited by shares). Die Frage, ob diese Person organschaftliche Vertretungsmacht hatte, beantwortet sich wiederum nach einer anderen Kollisionsregel, nämlich nach dem Recht, das auf die Gesellschaft zur Anwendung gelangt.¹⁵

- 7 Bei all diesen verschiedenen Teilfragen ergibt sich also die Notwendigkeit, den Sachverhalt rechtlich den verschiedenen Kollisionsnormen zuzuordnen. Diese rechtliche Einordnung wird auch als Qualifikation bezeichnet. Da es bei der Qualifikation (auch) um die Auslegung der Kollisionsnormen des Forumstaates (lex fori) geht, wird diese Subsumtion unter die dort verwendeten Sammelbegriffe (materielle Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, Form, Geschäftsfähigkeit, rechtsgeschäftliche oder organschaftliche Vertretungsmacht) grds. ebenfalls nach dem Verständnis dieser Sammelbegriffe in der Rechtsordnung des Forumstaates vorgenommen (sog. Qualifikation nach der lex fori). Da das internationale Privatrecht jedoch vor der Problematik steht, auch ausländische, im Inland so nicht bekannte rechtliche Vorgänge beurteilen und einordnen zu müssen, kann die Qualifikation nicht nur strikt nach den Definitionen des (Sach-)Rechts der lex fori erfolgen. Notwendig ist auch, die rechtliche Funktion und den Zweck eines Sammelbegriffs mit dem Zweck des einzuordnenden (ausländischen) Rechtsinstituts zu vergleichen (sog. funktionelle oder teleologische Qualifikation).¹⁶ Geht es hingegen um Qualifikationsfragen im Bereich europäischer VO – wie etwa Rom I – ist die rechtliche

13 Vgl. hierzu das Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht v. 11.6.2017 (BGBl. I, S. 1607), wobei Art. 8 EGBGB am 17.6.2017 in Kraft getreten ist.

14 Vgl. zur Konkretisierung des Gebrauchsortes der Vollmacht gem. Art. 8 EGBGB auch den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/10714, S. 24f.; vgl. zur Geltung des Rechts des Wirkungs- bzw. Gebrauchsortes der Vollmacht (bereits) vor Einführung des Art. 8 EGBGB Staudinger-*Magnus* BGB (2016) Anh II zur Art. 1 Rom I Rdnr. 13; *Kropholler* § 41 I 2 (S. 306–308); Soergel-*Lüderitz* BGB Art. 10 EGBGB Anh. Rdnr. 93; a. A., nämlich für die Anknüpfung der Vollmacht an das Geschäftsstatut, MünchKomm.-*Spellenberg* BGB⁶ Vor Art. 11 EGBGB Rdnr. 64 ff., insbes. 78.

15 Vgl. hierzu MünchKomm.-*Kindler* BGB IntGesR Rdnr. 563 f.

16 Vgl. MünchKomm.-v. *Hein* BGB Einl. IPR Rdnr. 118 ff.; vgl. auch MünchKomm.-*Sonnenberger* BGB⁵ Einl. IPR Rdnr. 505 mit dem Hinweis auf Vorschriften des französischen Code civil, wonach Schuldverträge mit höherem Geschäftswert und entsprechende Vollmachten nicht durch Zeugen bewiesen werden können; diese Regelungen werden teilweise als Formvorschriften (i. S. d. Art. 11 Rom I), teilweise aber auch als Vorschriften des Prozessrechts eingeordnet; vgl. auch *Kropholler* §§ 16 f. (S. 121–130).

Einordnung autonom nach den gemeinschaftsrechtlichen Definitionen der betreffenden Sammelbegriffe vorzunehmen.¹⁷

Im Übrigen kann das Beispiel des Bürgschaftsvertrags noch ein weiteres Problem der Anwendung von Kollisionsnormen verdeutlichen. Gelangt man bei der Frage der Formwirksamkeit des Bürgschaftsvertrags zur Anwendbarkeit der deutschen Rechtsordnung (etwa weil der Abschlussort in Deutschland liegt), stellt sich im Folgenden die weitere Frage, ob hier der Bürgschaftsvertrag gem. § 350 HGB ohne Einhaltung der Formvorschrift des § 766 S.1 BGB formwirksam ist. Dies setzt voraus, dass der Bürgschaftsvertrag auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist; da Handelsgeschäfte die Geschäfte eines Kaufmanns sind, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören (§ 343 HGB), ist nun zu klären, ob die Bank Kaufmann ist. Angenommen, es handelt sich um eine ausländische Bank ohne inländische Niederlassung, ist die (sehr umstrittene) Frage¹⁸ zu entscheiden, ob die Kaufmannseigenschaft gesondert nach dem Recht der ausländischen gewerblichen Niederlassung oder nach dem Recht anzuknüpfen (also zu bestimmen) ist, das auf die Hauptfrage (also die gerade zu entscheidende Rechtsfrage) zur Anwendung gelangt (sog. *lex causae*); *lex causae* ist hier das deutsche Recht, da es vorliegend um die Formwirksamkeit des Rechtsgeschäfts geht (Hauptfrage) und angenommen wurde, dass das Formstatut das deutsche Recht ist. Relevant ist die Entscheidung zwischen dem Ort der gewerblichen Niederlassung und der *lex causae* insbes. dann, wenn das Recht der Niederlassung der Bank den Kaufmannsbegriff sowie ein Sonderprivatrecht für Kaufleute nicht kennt.¹⁹ Da für die Umgrenzung des Personenkreises, für den (besondere) Rechte und Pflichten gelten (einschließlich der Möglichkeit, sich formfrei zu verbürgen), sinnvollerweise ebenfalls die Rechtsordnung maßgeblich sein sollte, die diese besonderen Rechte und Pflichten normiert, ist der letztgenannten Ansicht zu folgen. Daher ist die Frage, ob die Bank Kaufmann ist, hier nach deutschem Recht als der *lex causae* zu bestimmen.²⁰

Findet damit auf die Kaufmannseigenschaft deutsches Sachrecht Anwendung, so stellt sich die weitere Frage, inwieweit ein ausländisches Unternehmen den Begriff des Kaufmanns (nach deutschem Recht) erfüllen kann. Hierbei handelt es sich um das Problem der Substitution,²¹ das jedoch kein Problem der Anwendung des

¹⁷ Vgl. zur autonomen Qualifikation im Rahmen der Rom I-VO statt vieler MünchKomm.-Martiny BGB Vor Art. 1 Rom I Rdnr. 24; zur autonomen Qualifikation im Rahmen der Rom II-VO MünchKomm.-Junker BGB Vor Art. 1 Rom II Rdnr. 30.

¹⁸ Ausführlich zu dieser Streitfrage MünchKomm.-Kindler BGB IntGesR Rdnr. 159–201 m. w. zahlr. N.

¹⁹ Vgl. hierzu MünchKomm.-Kindler BGB IntGesR Rdnr. 186.

²⁰ So auch MünchKomm.-Kindler BGB IntGesR Rdnr. 197–201; im Ergebnis auch Martiny, in: Reithmann/Martiny, Rdnr. 3.124; bezogen auf § 350 HGB auch van Venrooy, Gerd, Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im deutschen Internationalen Privatrecht, 1985, S. 37, wengleich van Venrooy generell nach dem Normzweck der jeweiligen handelsrechtlichen Norm differenzieren möchte, vgl. S. 28 ff.; a. A. LG Essen 20.6.2001, IPRspr. 2001 Nr. 29 = IPRax 2002, 396, 398; Hagemuth, Rolf, Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im internationalen Privatrecht, Diss. München 1981, S. 256 ff.

²¹ Unter Substitution versteht man die Frage danach, ob ein Begriff in einer Sachnorm eines

internationalen Privatrechts, sondern der Auslegung des Sachrechts ist. Substituierbarkeit besteht, wenn einerseits die Norm des Sachrechts eine Erfüllung des Begriffs durch ausländische Erscheinungsformen grds. zulässt und überdies die Erscheinungsform des ausländischen Rechts im konkreten Fall der des inländischen Rechts gleichwertig ist.²²

- 10 Verweisen die Regeln des internationalen Privatrechts auf eine bestimmte ausländische Rechtsordnung, so sind damit jedoch nicht (zwangsläufig) sämtliche Normen des betreffenden ausländischen Rechts in diesem Bereich zur Anwendung berufen. Einer gesonderten rechtlichen Beurteilung unterliegen die sog. Eingriffsnormen, also Normen, die ohne Rücksicht auf das für den Vertrag maßgebliche Recht den Sachverhalt international zwingend regeln wollen (zur Definition vgl. Art. 9 Abs. 1 Rom I). Hierbei geht es (insbesondere) um Normen wirtschaftspolitischer Art, die im öffentlichen Interesse bestehen, wie etwa Bestimmungen des Außenwirtschaftsrechts, die unabhängig von dem auf den Vertrag anzuwendenden Recht Geltung beanspruchen (also etwa Devisenbestimmungen). Gem. Art. 9 Abs. 2 Rom I werden grundsätzlich nur die Eingriffsnormen der *lex fori*, bei Zuständigkeit deutscher Gerichte also die deutschen Eingriffsnormen für anwendbar erklärt. Ausländische Eingriffsnormen können hingegen nur dann kollisionsrechtlich berücksichtigt werden, wenn es sich um international zwingende Vorschriften des Staates handelt, in dem die vertraglichen Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, sofern diese Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lassen (Art. 9 Abs. 3 Rom I).²³ Diese engen Voraussetzungen schließen zwar eine Anwendung sonstiger Eingriffsnormen als Rechtsvorschriften aus; nicht ausgeschlossen ist damit aber eine Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen auf der Ebene des materiellen (Vertrags-)Rechts, so etwa, wenn es um die Frage geht, ob eine Leistung unmöglich ist oder gegen die guten Sitten verstößt.²⁴

Staates durch ein Rechtsinstitut oder einen rechtlichen Vorgang in einem anderen Staat erfüllt werden kann. Ein klassisches Beispiel hierfür ist etwa die Frage, ob in deutschen Normen vorgeschriebene notarielle Beurkundungen auch durch ausländische Notare wirksam vorgenommen werden können, vgl. hierzu auch MünchKomm.-v. *Hein* BGB Einl. IPR Rdnr. 247.

22 Vgl. zu diesen Voraussetzungen für Substituierbarkeit *Kropholler* § 33 II (S. 231–233); vgl. zur Substituierbarkeit beim Kaufmannsbegriff MünchKomm.-*Kindler* BGB IntGesR Rdnr. 202–213.

23 Vgl. zur Frage des Erfüllungsortes und der damit berücksichtigungsfähigen Eingriffsnormen § 8 Rdnr. 81; allerdings erfüllen kapitalmarktrechtliche Eingriffsnormen regelmäßig weder die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 3 Rom I noch passen dessen Rechtsfolgen, vgl. *Einsele, Dorothee*, Kapitalmarktrechtliche Eingriffsnormen – Bedarf die Rom I-Verordnung einer Sonderregel für harmonisiertes europäisches Recht?, IPRax 2012, 481–491, 482–486.

24 Mittlerweile auch EuGH 18.10.2016 – Rs. C-135/15 – Griechenland./Nikiforidis, ECLI: EU:C:2016:774, NJW 2017, 141, Tz. 50–52; *Einsele, Dorothee*, Auswirkungen der Rom I-Verordnung auf Finanzdienstleistungen, WM 2009, 289–300, 296; MünchKomm.-*Martiny* BGB Art. 9 Rom I Rdnr. 114f.; *Staudinger-Magnus* BGB (2021) Art. 9 Rom I Rdnr. 124; MünchKomm.-v. *Hein* BGB IPR Einl. Rdnr. 310; a. A. *Freitag, Robert*, Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO, IPRax 2009, 109–116,

II. Anwendbares Recht

Die folgenden Erörterungen zum anwendbaren Recht gehen davon aus, dass deutsche Gerichte (bzw. Behörden) mit der Sache befasst sind, da nur in diesem Fall das deutsche Kollisionsrecht zur Anwendung gelangt. Die Anwendbarkeit des deutschen Kollisionsrechts setzt also eine Zuständigkeit deutscher Gerichte (bzw. Behörden) voraus. Hier seien die maßgeblichen Bestimmungen, aus denen sich eine Zuständigkeit deutscher Gerichte ergeben kann, nur kurz erwähnt. Dabei gelangen die Zuständigkeitsbestimmungen der EuGVO²⁵ – grob gesprochen – dann zur Anwendung, wenn es um Zivil- und Handelssachen geht und die Parteien bzw. der Streitgegenstand einen Bezug zu einem Mitgliedstaat der EU haben; ansonsten sind die Vorschriften der ZPO maßgeblich.²⁶

Im vorliegenden Zusammenhang kommen neben dem allgemeinen Gerichtsstand am (Wohn-)Sitz des Beklagten (§§ 13, 17 ZPO, Artt. 4 Abs. 1, 63 EuGVO²⁷) namentlich auch die besonderen Gerichtsstände des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO, Art. 7 Nr. 1 EuGVO²⁸), der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO, Art. 7 Nr. 2 EuGVO²⁹) und der Niederlassung (§ 21 Abs. 1 ZPO, Art. 7 Nr. 5 EuGVO³⁰) in Betracht, wobei für Verbrauchersachen nach der EuGVO Sonderregelungen zugunsten des Verbrauchers zu beachten sind (Artt. 17, 18 EuGVO³¹). Hingegen sind für Klagen, die dingliche Rechte an Grundstücken betreffen, ausschließlich die Gerichte der Belegenheit der Immobilie zuständig (Art. 24 Nr. 1 EuGVO³²). Auch für (Schadensersatz-)Ansprüche gegründet auf falsche, irreführende oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformationen sieht § 32 b ZPO einen ausschließlichen Gerichtsstand vor. Sofern die EuGVO nicht anwendbar ist,³³ ist bei Fällen mit Auslandsbezug auch der Gerichtsstand des Vermögens von erheblicher praktischer Bedeutung (§ 23 ZPO). Wenn auch nur eingeschränkt zulässig, können überdies Gerichtsstandsvereinbarungen die Zuständigkeit deutscher Gerichte begründen

115, soweit es um die Berücksichtigung von Eingriffsnormen über Generalklauseln wie etwa § 138 BGB geht.

²⁵ Vgl. die Neufassung dieser VO, die in ihren wesentlichen Teilen seit 10.1.2015 gilt, vgl. Art. 81 VO (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU Nr. L 351, S. 1 v. 20.12.2012.

²⁶ Vgl. hierzu *Kropholler* § 58 III (S. 614); *Schack, Haimo*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rdnr. 105, 107.

²⁷ Artt. 2 Abs. 1, 60 EuGVO a.F. (bis 10.1.2015).

²⁸ Art. 5 Nr. 1 EuGVO a.F. (bis 10.1.2015).

²⁹ Art. 5 Nr. 3 EuGVO a.F. (bis 10.1.2015).

³⁰ Art. 5 Nr. 5 EuGVO a.F. (bis 10.1.2015).

³¹ Artt. 16 Abs. 1, 17 EuGVO a.F. (bis 10.1.2015).

³² Art. 22 Nr. 1 EuGVO a.F. (bis 10.1.2015).

³³ Gegen Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ist der besondere Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO) ausdrücklich gem. Art. 5 Abs. 2 EuGVO i. V.m. den Notifizierungen gem. Art. 76 dieser VO, ABl. EU Nr. C 4, S. 2 v. 9.1.2015 (bzw. Art. 3 Abs. 2 EuGVO a.F. i. V.m. Anhang I) ausgeschlossen.

(§§ 38–40 ZPO, Artt. 25, 26 EuGVO³⁴). Auf diese Vorschriften und ihre Auslegung, die Gegenstand des internationalen Zivilverfahrensrechts sind, soll hier jedoch nicht näher eingegangen werden.

1. Bankrechtlicher Einzelvertrag

- 13 Wie dargelegt, wird die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses zumindest im deutschen Recht in den einzelnen Bankverträgen vereinbart. Ob eine solche Vertragspflicht entweder ausdrücklich oder konkludent wirksam zwischen Bank und Kunde vereinbart ist, ist zunächst von der Frage abhängig, welches Recht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auf die einzelnen Bankverträge zur Anwendung gelangt.

a) Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts gem. Artt. 3 ff. Rom I

- 14 Die Frage, welche Rechtsordnung auf die vertragliche Beziehung zwischen der Bank und dem Kunden zur Anwendung gelangt, richtet sich nach den Artt. 3 ff. Rom I. Diese Vorschriften regeln die vertragliche Rechtsbeziehung umfassend (vgl. im Einzelnen Art. 12 Rom I): Sie sind maßgeblich für die Frage, welcher bankrechtliche Einzelvertrag vereinbart wurde (vgl. Art. 12 Abs. 1 a) Rom I) und welchen Inhalt dieser Vertrag hat, insbes. auch, ob die Bank einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Das Vertragsstatut gem. Artt. 3 ff. Rom I bestimmt daneben über Zeit und Ort der Erfüllung, die Zulässigkeit von Leistungen Dritter, die Folgen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung der vertraglichen Leistung (wie etwa Rücktritt und Schadensersatz), die verschiedenen Arten des Erlöschens der Verpflichtungen (durch Erfüllung bzw. Erfüllungssurrogate wie etwa Aufrechnung) sowie die Folgen der Nichtigkeit des Vertrags (etwa Anspruch aus Leistungskondiktion).
- 15 Die Artt. 3 ff. Rom I entscheiden indes auch darüber, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist und ob dieser Vertrag wirksam ist (Art. 10 Abs. 1 Rom I). Zwar ist gem. Art. 10 Abs. 2 Rom I für die Frage, ob eine Einigung zustande gekommen ist, nicht (allein) das Vertragsstatut maßgeblich; vielmehr kann sich eine Vertragspartei für die Behauptung, sie habe dem Vertrag nicht zugestimmt, ausnahmsweise auf das Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthalts berufen, wenn eine ausschließliche Geltung des Vertragsstatuts nicht gerechtfertigt wäre. Diese Vorschrift dürfte jedoch im vorliegenden Zusammenhang, ob eine Einigung über das bankrechtliche Einzelgeschäft zustande gekommen ist, kaum relevant werden (vgl. aber auch zur wirksamen Einbeziehung von AGB unten § 2 Rdnr. 20f.). Denn praktische Bedeutung entfaltet Art. 10 Abs. 2 Rom I insbes., wenn es darum geht, ob das Schweigen einer Vertragspartei als Annahmeerklärung gilt (vgl. für das deutsche Recht § 362 Abs. 1 HGB). Jedoch wird sich diese Frage in aller Regel

³⁴ Artt. 23, 24 EuGVO a. F. (bis 10.1.2015).

nur auf Seiten der Bank stellen; deren Recht kommt aber – wie sogleich darzulegen sein wird – auf den bankrechtlichen Einzelvertrag ohnehin zur Anwendung.

Für die bankrechtlichen Einzelverträge ist vorrangig eine Rechtswahl zwischen der Bank und dem Kunden maßgeblich (Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I). Diese Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben (Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I). Möglich ist also auch eine stillschweigende Rechtswahl, die sich deutlich aus Indizien wie etwa einer ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung³⁵, der Bezugnahme auf ein bestimmtes Recht, dem Prozessverhalten der Parteien, dem Erfüllungsort oder der bisherigen Vertragspraxis ergeben muss; ebenfalls Indizien für eine Rechtswahl – wenn auch mit geringerer Aussagekraft – können die Vertragssprache, die Vertragswährung und die Staatsangehörigkeit der Parteien sein.³⁶ Im deutschen Rechtskreis ist für Bankgeschäfte eine Rechtswahl in Nr. 6 Abs. 1 AGB-Banken und AGB-Sparkassen vorgesehen: Danach gelangt für die Geschäftsverbindung zwischen Kunden und inländischen Geschäftsstellen der Banken bzw. Sparkassen deutsches Recht zur Anwendung.

16

b) Wirksamkeit einer Rechtswahl

aa) Prüfung der Wirksamkeit gem. Artt. 3 Abs. 5, 10 Abs. 1 Rom I

Für die Frage, ob eine Rechtswahl wirksam getroffen wurde (etwa die in den AGB deutscher Kreditinstitute vorgesehene Geltung deutschen Rechts wirksam mit dem Kunden vereinbart wurde), ist ebenfalls das Recht maßgeblich, das anzuwenden wäre, wenn die AGB Vertragsbestandteil geworden wären (Art. 3 Abs. 5 Rom I mit Verweis auf Art. 10 Abs. 1 Rom I);³⁷ im Fall von Nr. 6 Abs. 1 AGB-Banken und -Sparkassen ist dies wiederum das deutsche Recht, während bei entsprechenden AGB-Klauseln ausländischer Banken das jeweils nach deren Rechtswahlklausel maßgebliche Recht über die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung entscheidet. Die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung ist also von der Wirksamkeit des Hauptvertrags (des bankrechtlichen Einzelvertrags, wie etwa Girovertrag oder Kreditvertrag) zu trennen, jedoch wird das Zustandekommen und die Wirksamkeit beider Verträge nach derselben Rechtsordnung beurteilt. Daher richtet sich auch die inhaltliche Wirksamkeit einer Rechtswahlvereinbarung nach dem Recht, das bei Wirksamkeit dieser Vereinbarung anwendbar wäre.

17

Eine Rechtswahl ist im Übrigen auch dann möglich und vorrangig maßgeblich, wenn der betreffende Vertrag mit einem Verbraucher abgeschlossen wird (Art. 6 Abs. 2 S. 1 Rom I). Allerdings wird die Rechtswahlvereinbarung bei Vorliegen der

³⁵ Vgl. auch Erwägungsgrund 12 der Rom I-VO.

³⁶ Vgl. zu diesen Indizien für eine stillschweigende Rechtswahl statt vieler MünchKomm.-Martiny BGB Art. 3 Rom I Rdnr. 49ff.; Staudinger-Magnus BGB (2021) Art. 3 Rom I Rdnr. 74–102 m. w. N.

³⁷ BGH 26.10.1993, BGHZ 123, 380, 383; BGH 15.2.2007, BGHZ 171, 141, Tz. 21; KG 21.1.1998, IPRspr. 1998 Nr. 138; OLG Düsseldorf 2.7.1993, IPRspr. 1993 Nr. 144; OLG Köln 29.1.2021, JZ 2021, 959, Tz. 21; Staudinger-Hausmann BGB (2021) Art. 10 Rom I Rdnr. 80a.

Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 Rom I (vgl. hierzu ausführlich § 3 Rdnr. 59) in ihren Wirkungen insofern eingeschränkt, als dem Verbraucher nicht der Schutz entzogen werden darf, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts seines gewöhnlichen Aufenthaltsstaats gewährt wird (Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I, vgl. hierzu ausführlich § 3 Rdnr. 62–64).

bb) Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB

gem. Artt. 3 Abs. 5, 10 Abs. 1 Rom I

- 18 Umstritten ist indes, ob eine Rechtswahlklausel in AGB der AGB-Inhaltskontrolle unterliegt. Abgelehnt wird dies insbes. mit der Erwägung, Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I ließe nun einmal die Wahl jeglichen Rechts zu.³⁸ Die besseren Gründe sprechen aber für eine solche Inhaltskontrolle. Dass Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I die Möglichkeit der freien Rechtswahl eröffnet, bedeutet ja noch nicht, dass dieser allgemeine Grundsatz nicht durch Normen des gewählten Rechts eingeschränkt werden könnte. Immerhin wird hinsichtlich der materiellen Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung gem. Artt. 3 Abs. 5, 10 Abs. 1 Rom I auf das gewählte Recht verwiesen. Es geht also nicht darum, bei deutscher lex fori stets eine Prüfung der Rechtswahlklausel anhand der §§ 305 ff. BGB „draufzusatteln“;³⁹ vielmehr soll nach hier vertretener Ansicht das Recht, das bei Wirksamkeit der Rechtswahlklausel anwendbar wäre, auch über deren Inhaltskontrolle entscheiden. Diese Auffassung vertritt mittlerweile auch der EuGH, der eine Inhalts- und Transparenzkontrolle vorformulierter Rechtswahlklauseln anhand der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vornimmt.⁴⁰ Im Übrigen stellt sich für die Gegenansicht das Problem, dass es (zumindest teilweise) keine sachlich zu rechtfertigende scharfe Trennlinie gibt zwischen der Inhaltskontrolle von AGB und anderen Normen des gewählten Rechts, die die Unwirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung anordnen (wie etwa § 138 BGB im deutschen Recht).⁴¹
- 19 Eine andere Frage ist allerdings, wann die AGB-Inhaltskontrolle einer Rechtswahlvereinbarung tatsächlich zu deren Unwirksamkeit führt. Soweit das deutsche Recht gewählt wurde, ist insbes. an einen Verstoß gegen das Transparenzgebot⁴²

³⁸ Vgl. etwa *Jayme, Erik*, Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: FS W. Lorenz, 1991, S. 435–439, 438; *Grundmann, Stefan*, Europäisches Vertragsübereinkommen, EWG-Vertrag und § 12 AGBG, IPRax 1992, 1–5, 1 f.; *Man-kowski, Peter*, Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts, RIW 1993, 453–463, 456.

³⁹ Hiervon geht aber offenbar MünchKomm.-*Martiny* BGB Art. 3 Rom I Rdnr. 13 aus.

⁴⁰ EuGH 3.10.2019 – Rs. C-272/18 – ECLI:EU:C:2019:827 – Verein für Konsumenteninformation./TVP, IPRax 2020, 246, Tz. 55–60; EuGH 28.7.2016 – Rs. C-191/15 – Verein für Konsumenteninformation./Amazon, ECLI:EU:C:2016:612, NJW 2016, 2727, Tz. 66–68, 71.

⁴¹ So zutreffend *Heiss, Helmut*, Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischem Internationalem Privatrecht?, RabelsZ 65 (2001), 634–653, 638.

⁴² Um einen Verstoß gegen das Transparenzgebot (im konkreten Fall nach österreichischem Recht) ging es auch in der Entscheidung des EuGH 28.7.2016 – Rs. C-191/15 – Verein für Konsumenteninformation./Amazon, ECLI:EU:C:2016:612, NJW 2016, 2727, Tz. 66–68, 71: In dieser Entscheidung hielt der EuGH den Klauselverwender für verpflichtet, den Verbraucher

oder an eine Klausel zu denken, mit der ein Recht ohne jeden Bezug zum abgeschlossenen Vertrag oder den Vertragsparteien mit der Absicht gewählt wurde, der anderen Vertragspartei die Rechtsverfolgung zu erschweren.⁴³ Prüft man die Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts gem. Nr. 6 Abs. 1 AGB-Banken und -Sparkassen anhand dieser Kriterien, so besteht kein Anhaltspunkt, an der Wirksamkeit dieser Klausel zu zweifeln.⁴⁴

cc) Relevanz des Aufenthaltsrechts einer Partei

gem. Artt. 3 Abs. 5, 10 Abs. 2 Rom I

Für die Frage, ob die AGB der Banken und Sparkassen wirksam in das Vertragsverhältnis einbezogen wurden, kann gem. Art. 10 Abs. 2 Rom I das Recht des (ausländischen) Aufenthaltsstaates des Bankkunden (ausnahmsweise) relevant werden. Art. 10 Abs. 2 Rom I kann jedoch nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die AGB nach dem danach gewählten Recht wirksam in den Vertrag einbezogen worden wären (Art. 10 Abs. 1 Rom I). Diese Konstellation (also wirksame Einbeziehung von AGB nach dem dort gewählten Recht, keine wirksame Einbeziehung nach dem Recht des Aufenthaltsstaates des Bankkunden) ist indes bei einer Rechtswahl in den AGB-Banken zugunsten des deutschen Rechts sehr wohl denkbar: Zwar hat im deutschen Recht der Verwender bei Verträgen mit Verbrauchern für eine wirksame Einbeziehung von AGB immerhin die Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB zu beachten, d. h. er muss die andere Vertragspartei grds. ausdrücklich auf die AGB hinweisen und der anderen Partei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen.⁴⁵ Bei Verträgen mit Unternehmern genügt aber für eine wirksame Einbeziehung der AGB, dass der Verwender auf seine AGB hinweist und ankündigt, diese auf Wunsch zu übersenden, ohne

20

darüber zu unterrichten, dass trotz der Rechtswahlklausel die für den Verbraucher günstigeren, national zwingenden Schutzvorschriften seines gewöhnlichen Aufenthaltsstaats gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I anwendbar sind, vgl. Tz. 69; ebenso EuGH 3.10.2019 – Rs. C-272/18 – ECLI:EU:C:2019:827 – Verein für Konsumenteninformation./TVP, IPRax 2020, 246, Tz. 55–60; vgl. auch OLG Köln 29.1.2021, JZ 2021, 959, Tz. 20–28; vgl. zu diesem Günstigkeitsvergleich auch unten § 3 Rdnr. 62–64.

⁴³ Vgl. zu diesen Beispielen Heiss, Helmut, Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischem Internationalem Privatrecht?, RabelsZ 65 (2001), 634–653, 648–653; auch Staudinger-Magnus BGB (2021) Art. 3 Rom I Rdnr. 177 hält für möglich, dass eine klauselmäßige Rechtswahl überraschend i. S. d. § 305 c BGB ist, obgleich Magnus ansonsten eine Rechtswahl ohne weiteres für zulässig ansieht, vgl. Rdnr. 176; offenbar ebenfalls eine überraschende Rechtswahlklausel in Erwägung ziehend BGH 26.10.1993, BGHZ 123, 380, 383.

⁴⁴ Im Ergebnis auch Bunte, Hermann-Josef, in: Bankrechtshandbuch, § 11 Rdnr. 3; Kropf, Christian, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried Rdnr. 3.362, 3.364 f.

⁴⁵ Eine Übersetzung der AGB in die Sprache des Vertragspartners ist nach der Rspr. des BGH für die Möglichkeit der Kenntnisnahme jedoch nicht erforderlich, sofern Verhandlungssprache ebenfalls deutsch war, vgl. BGH 10.3.1983, BGHZ 87, 112, 114; anders aber offenbar, wenn die Verhandlungssprache eine andere Sprache war: dann muss der Vertragspartner die Möglichkeit gehabt haben, die AGB in dieser Sprache zur Kenntnis zu nehmen, vgl. BGH 28.3.1996, NJW 1996, 1819.

sie allerdings dem für den Vertragsschluss maßgeblichen Schreiben beizulegen.⁴⁶ Demgegenüber unterliegt in anderen Rechtsordnungen die Einbeziehung von AGB teilweise deutlich strengeren Anforderungen.⁴⁷

- 21 Wird grenzüberschreitend ein Bankgeschäft abgeschlossen, ist die wirksame Einbeziehung der AGB zunächst im Rahmen der Vertragsauslegung und daher nach dem maßgeblichen Vertragsstatut zu prüfen (vgl. auch Art. 12 Abs. 1 a) Rom I). Findet danach auf den Bankvertrag deutsches Recht Anwendung (vgl. Nr. 6 AGB-Banken und -Sparkassen), ist entscheidend, ob der ausländische Unternehmer die Verkehrsüblichkeit der AGB der Banken kannte,⁴⁸ was wohl im Regelfall zu bejahen sein wird; damit sind die AGB nach dem Vertragsstatut wirksam einbezogen. Musste der Bankkunde nach seinem Aufenthaltsrecht den AGB jedoch nicht widersprechen, um deren Geltung zu verhindern, so kann dies gem. Art. 10 Abs. 2 Rom I der wirksamen Einbeziehung der AGB (und damit auch der Rechtswahlklausel) entgegenstehen.⁴⁹ Wie bereits der Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 Rom I deutlich macht, bezieht sich diese Vorschrift aber nur auf die Frage, ob eine auf den Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung vorliegt, ob also eine Einigung zustande gekommen ist. Auf die Frage der (inhaltlichen) Wirksamkeit (Inhaltskontrolle der AGB) findet hingegen nicht Art. 10 Abs. 2 Rom I,⁵⁰ sondern – wie ausgeführt – Art. 10 Abs. 1 Rom I und damit das Recht Anwendung, das maßgeblich wäre, wenn die Rechtswahl wirksam getroffen worden wäre.

c) Objektive Vertragsanknüpfung

- 22 Sofern eine Rechtswahl nicht ausdrücklich getroffen wurde (etwa weil das bankrechtliche Einzelgeschäft nicht mit einem deutschen Kreditinstitut getätigt wurde) und sich auch keine stillschweigende Rechtswahl eindeutig aus dem Vertrag bzw. den Umständen des Falles entnehmen lässt (vgl. oben § 2 Rdnr. 16), ist der Vertrag objektiv gem. Artt. 4 ff. Rom I anzuknüpfen. Vorrangig maßgeblich ist danach, ob das Geschäft von den speziell aufgeführten Vertragstypen erfasst ist; bezogen auf bankrechtliche Geschäfte stellt sich insbes. die Frage, ob es sich um einen Dienstleistungsvertrag gem. Art. 4 Abs. 1 b) Rom I handelt. Ist dies nicht der Fall, findet grds.⁵¹ das Recht des Staates Anwendung, in dem die Partei, die die vertragscharak-

⁴⁶ So BGH 30.6.1976, NJW 1976, 1886, 1887; BGH 3.2.1982, NJW 1982, 1749, 1750.

⁴⁷ Vgl. die rechtsvergleichenden Hinweise bei Staudinger-Hausmann BGB (2021) Art. 10 Rom I Rdnr. 83.

⁴⁸ Vgl. auch BGH 4.3.2004, IPRax 2005, 446, 447 m. zustimmender Anm. Weller, Marc-Philippe, Stillschweigende Einbeziehung der AGB-Banken im internationalen Geschäftsverkehr?, IPRax 2005, 428–431; BGH 9.3.1987, IPRax 1987, 372, 373; BGH 7.7.1976, NJW 1976, 2075 zum Vorrang der Auslegung der jeweiligen Willenserklärungen.

⁴⁹ So auch Weller, Marc-Philippe, Stillschweigende Einbeziehung der AGB-Banken im internationalen Geschäftsverkehr?, IPRax 2005, 428–431, 430 f.; vgl. auch ausführlich Staudinger-Hausmann BGB (2021) Art. 10 Rom I Rdnr. 80–92; MünchKomm.-Spellenberg BGB Art. 10 Rom I Rdnr. 296–302.

⁵⁰ BGH 19.3.1997, BGHZ 135, 124, 137; Staudinger-Hausmann BGB (2021) Art. 10 Rom I Rdnr. 94; MünchKomm.-Spellenberg BGB Art. 10 Rom I Rdnr. 185 f.

⁵¹ Zum Verbraucherschutz vgl. insbes. § 3 Rdnr. 58–74.

teristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (Artt. 4 Abs. 2, 19 Rom I). Ist diese Vertragspartei eine Gesellschaft oder juristische Person, ist der gewöhnliche Aufenthalt der Ort der Hauptverwaltung (Art. 19 Abs. 1 Rom I). Für Bankgeschäfte ist auch Art. 19 Abs. 2 Rom I von Bedeutung: Danach gilt nicht das Recht der Hauptverwaltung, sondern der Zweigniederlassung, wenn der Vertrag im Rahmen des Betriebs der Zweigniederlassung (bzw. Agentur oder sonstigen Niederlassung) geschlossen wird oder eine solche Zweigniederlassung (bzw. Agentur oder sonstige Niederlassung) für die Erfüllung des Vertrags verantwortlich ist. Die vertragscharakteristische Leistung ist die Leistung, die dem Vertrag seine Eigenart, sein Gepräge verleiht und ihn von anderen Vertragstypen unterscheidet. Bei gegenseitigen Verträgen ist dies nicht die Geldleistung, sondern die Sach- oder Dienstleistung.⁵² Die Frage, welches Recht auf die jeweiligen Bankgeschäfte zur Anwendung gelangt und welche Einschränkungen – insbesondere zum Schutz des Verbrauchers – vorzunehmen sind, wird bei den einzelnen Bankgeschäften dargestellt werden. Bereits an dieser Stelle sei aber vorweggenommen, dass auch die objektive Vertragsanknüpfung zumindest in der Regel zum Recht der Bank führt.

Bei Verträgen mit Verbrauchern kommt es indes zu einer Verschiebung der objektiven Vertragsanknüpfung. Haben die Bank und der Verbraucher keine Rechtswahlvereinbarung getroffen, so gelangt bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 Rom I (vgl. hierzu ausführlich § 3 Rdnr. 59) das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsstaats des Verbrauchers zur Anwendung (vgl. auch § 3 Rdnr. 62).

d) Vertragliche Pflichtenkollisionen

Grundsätzlich kann die Bank vertragliche Pflichten durch eine (entsprechende) 23
Rechtswahl vermeiden. Dies gilt auch für die Verschwiegenheitspflicht der Bank, soweit sie sich auf den Vertrag zwischen Bank und Kunde gründet. Die Rechtsordnung des für den Bankvertrag gewählten Rechts ist dann auch maßgeblich, soweit es um die Grenzen des Bankgeheimnisses, also die Voraussetzungen geht, unter denen sich die Bank bei Offenlegungen erfolgreich auf Rechtfertigungsgründe berufen kann. Denn die Frage, ob Notwehr, Nothilfe oder auch überwiegende Eigeninteressen der Bank Einschränkungen bzw. Durchbrechungen des Bankgeheimnisses rechtfertigen, betrifft letztlich den Umfang der (vertraglichen) Pflichten aus dem Rechtsverhältnis (hier Bankvertrag), auf das sich der mögliche Rechtfertigungsgrund auswirkt.⁵³ Daher unterliegt auch diese Frage dem (gewählten) Vertragsstatut. Zu rechtlichen Konfliktlagen kann es dabei insbes. dann kommen,

⁵² Vgl. statt vieler MünchKomm.-*Martiny* BGB Art. 4 Rom I Rdnr. 175, 177.

⁵³ So zunächst als allgemeiner Grundsatz auch Staudinger-*Magnus* BGB (2021) Anh II zu Art. 1 Rom I Rdnr. 8, der allerdings bezogen auf die Frage, ob eine eigenmächtige Rechtsdurchsetzung eine Vertragsverletzung rechtfertigt, das Recht des Ortes anwenden möchte, an dem der Akt der eigenmächtigen Rechtsverteidigung stattfindet, vgl. Rdnr. 10f.: da es hier aber nicht um die eigenmächtige Rechtsdurchsetzung geht, dürfte auch die von *Magnus* befürwortete Ausnahme vorliegend nicht relevant sein.

wenn sich Auskunftspflichten der Bank auf ein Vertragsverhältnis oder eine sonstige Sonderverbindung mit einem anderen Kunden bzw. einem Dritten gründen. Denn hier richtet sich die Auskunftspflicht nach dem Recht, das auf den Vertrag mit dem Dritten bzw. auf die Sonderverbindung mit diesem zur Anwendung gelangt. Diese Auskunftspflicht im Verhältnis zu einem Dritten kann, muss aber nicht zwangsläufig einen Rechtfertigungsgrund für die Offenlegung von Kundendaten in dem Rechtsverhältnis darstellen, das mit der Auskunft (teilweise) offengelegt wird.

- 24 Die Anknüpfung der Pflicht zur Verschwiegenheit an den Bankvertrag kann daher Probleme bereiten. Hierfür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen kann die auf den Bankvertrag anwendbare Rechtsordnung grds. frei gewählt werden und damit die ansonsten (ohne Rechtswahl) anwendbare Rechtsordnung auch frei abgewählt werden. Zum anderen besteht die Möglichkeit, dass auf das Rechtsverhältnis zum Auskunftsberechtigten eine andere Rechtsordnung Anwendung findet als auf das Rechtsverhältnis zu dem von der Auskunft Betroffenen; dies ist insbes. dann der Fall, wenn Kunden ausländischer Zweigstellen involviert sind. Die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses kann sich indes auch aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis ergeben, das unabhängig von einem wirksamen Vertragsschluss über einen bankrechtlichen Einzelvertrag bereits mit geschäftlicher Kontaktaufnahme zwischen Bank und Kunde entsteht. Damit wird die Frage bedeutsam, welches Recht auf dieses gesetzliche Schuldverhältnis zur Anwendung gelangt.

2. Gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunde

- 25 Auch soweit (noch) kein (wirksamer) bankrechtlicher Einzelvertrag abgeschlossen wurde, folgen im deutschen Sachrecht aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis bereits Verhaltens- und Schutzpflichten, wie insbes. die Pflicht der Bank zur Wahrung des Bankgeheimnisses. Die Frage, ob vorvertragliche Pflichten überhaupt bestehen, welchen Inhalt sie haben und ob bei Verletzung dieser Pflichten Schadensersatzansprüche (im deutschen Sachrecht insbes. aus culpa in contrahendo, vgl. § 311 Abs. 2 BGB) entstehen, wurde mittlerweile – jedenfalls im Grundsatz – kollisionsrechtlich geklärt.
- 26 Durch die Aufnahme des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen in Art. 12 Rom II⁵⁴ ist zunächst einmal die Qualifikation der culpa in contrahendo (c.i.c.) als außervertragliches Schuldverhältnis geklärt. Denn mit Art. 12 Rom II werden auch solche Ansprüche aus c.i.c. dem außervertraglichen Schuldrecht unterstellt, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrags stehen.⁵⁵ Allerdings verweist Art. 12 Abs. 1 Rom II für Ansprüche, die im unmittelbaren Zusammenhang mit einem Vertragsschluss stehen, auf das Recht, das

⁵⁴ Genauer: Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), vgl. ABl. EU Nr. L 199, S. 40 v. 31.7.2007.

⁵⁵ So Erwägungsgrund 30 der Rom II Verordnung.

auf den Vertrag anzuwenden ist oder anzuwenden gewesen wäre, wenn er geschlossen worden wäre. Damit findet auf diese Ansprüche vorrangig doch das (eventuell auch nur hypothetische) Vertragsstatut und daher Rom I Anwendung. Nur sofern danach das auf c.i.c.-Ansprüche anzuwendende Recht nicht bestimmt werden kann, sind hierfür die allgemeinen deliktischen Anknüpfungen von Rom II maßgeblich (Art. 12 Abs. 2 Rom II). Der Fall, dass das (hypothetische) Vertragsstatut nicht bestimmt werden kann, dürfte aber sehr selten sein; denn von Art. 12 Rom II sind ohnehin nur Ansprüche aus c.i.c. erfasst, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrags stehen. Dennoch sind solche Fälle immerhin denkbar, so etwa, wenn die c.i.c. in einer Phase der Vertragsverhandlungen erfolgte, in der die Rolle der Parteien als Käufer oder Verkäufer oder der Vertragstypus noch nicht fixiert waren.⁵⁶ Hier gelten dann gem. Art. 12 Abs. 2 Rom II der Sache nach dieselben Anknüpfungen wie für den Bereich des allgemeinen Deliktrechts (Art. 4 Rom II). Danach gelangt grds. das Recht des Erfolgsorts zur Anwendung. Vorrangig maßgeblich ist indes auch hier das Recht einer offensichtlich engeren Verbindung (Art. 4 Abs. 3 Rom II) – wobei für den hier untersuchten Fall ein Vertrag als offensichtlich engere Verbindung in aller Regel ausscheiden wird –, aber auch das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsstaats von Schädiger und Geschädigtem (Art. 4 Abs. 2 Rom II). Wird hingegen einer Person während der Vertragsverhandlungen ein Personenschaden zugefügt, kommt von vornherein nicht Art. 12 Rom II zur Anwendung; vielmehr unterstehen solche Fälle unmittelbar der deliktischen Anknüpfung gem. Art. 4 Rom II.⁵⁷

Mit dieser Unterscheidung in Ansprüche, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrags stehen, und (z.B.) Personenschäden während der Vertragsverhandlungen lebt – zunächst – die bisher von Teilen der deutschen Literatur vorgenommene Unterscheidung fort.⁵⁸ Denn ein erheblicher Teil der Literatur differenzierte auch bisher bereits zwischen solchen vorvertraglichen Pflichtverletzungen, die mit den vertraglichen Leistungspflichten zusammenhängen (so jedenfalls zumeist die Aufklärungs- und Beratungspflichten), und den Ansprüchen, die sich aus der Verletzung des Integritätsinteresses ergeben (Obhuts- und Erhaltungspflichten).⁵⁹

⁵⁶ Hingegen halten *Heiss/Loacker* den Fall, dass auch das hypothetische Vertragsstatut nicht bestimmt werden kann, für schwer vorstellbar, vgl. *Heiss, Helmut/Loacker, Leander*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, JBl 2007, 613–646, 640.

⁵⁷ So Erwägungsgrund 30 der Rom II Verordnung.

⁵⁸ Vgl. auch MünchKomm.-Junker BGB Art. 12 Rom II Rdnr. 11.

⁵⁹ *Bernstein, Herbert*, Kollisionsrechtliche Fragen der culpa in contrahendo, RabelsZ 41 (1977), 281–298, 288 f.; *Fischer, Gerfried*, Culpa in contrahendo im Internationalen Privatrecht, JZ 1991, 168–175, 173; vgl. zur Rechtslage nach der Rom II-VO ausführlich v. *Bar, Christian/Mankowski, Peter*, Internationales Privatrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 2. Aufl., 2019, § 2 Rdnr. 535–556.

- 27 Bei der geforderten autonomen Auslegung⁶⁰ des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen i.S.d. Rom II-VO ist in der Tat zu bedenken, dass die c.i.c. – jedenfalls im deutschen Sachrecht – unterschiedliche Funktionen erfüllt. Denn mit der c.i.c. werden teilweise Schutzlücken gefüllt, die die §§ 823 ff. BGB im Bereich der Vermögensschädigung sowie bei Handeln von Verrichtungsgehilfen aufweisen (vgl. insbes. die Exkulpationsmöglichkeit des Geschäftsherrn gem. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese Schutzlücken sind insbes. dann höchst problematisch, wenn die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit einer Schädigung aufgrund des durch die Vertragsanbahnung intensivierten Kontakts zwischen den Parteien erhöht ist. Der Sache nach geht es hierbei aber um das Integritätsinteresse des Vertragspartners. Anders ist dies jedoch bei den Fällen der c.i.c., in denen die verletzte vorvertragliche Pflicht der Sicherung des Leistungsinteresses dient.⁶¹
- 28 Diese Differenzierung liegt offenbar auch Art. 12 Rom II zugrunde. Allerdings stellt sich die weitere Frage, ob diese Unterscheidung im Ergebnis tatsächlich zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führt. Zwar ist die Einstiegsnorm bei Verletzungen des Integritätsinteresses im Anwendungsbereich der Rom II-VO⁶² die allgemeine deliktische Anknüpfung des Art. 4 Rom II. Mangels Rechtswahl⁶³ unterliegen aber auch diese rein deliktisch qualifizierten Ansprüche vorrangig dem Recht einer offensichtlich engeren Verbindung als dem des Erfolgsorts des Delikts (Art. 4 Abs. 3 Rom II).⁶⁴ Dabei soll eine offensichtlich engere Verbindung sich insbesondere aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien – wie einem Vertrag – ergeben können, das mit der betreffenden unerlaubten Handlung in enger Verbindung steht. Sofern aber eine Verletzung des Integritätsinteresses im Zusammenhang mit einem (intendierten) Vertragsschluss steht, wird der Vertrag bzw. die durch die Vertragsanbahnung entstandene Sonderverbindung in aller Regel eine solch offensichtlich engere Verbindung darstellen. Daher sind deliktische Ansprüche im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis oder einer vertragsähnlichen Sonderverbindung grds. akzessorisch an das Vertragsstatut bzw. an das Statut des angebahnten Vertrags anzuknüpfen.⁶⁵ Zwar spricht das Gesetz in Art. 4 Abs. 3 S. 2

60 So Erwägungsgrund 30 der Rom II Verordnung.

61 Vgl. auch MünchKomm.-*Bachmann* BGB § 241 Rdnr. 129, der auch bei den Aufklärungspflichten zwischen solchen unterscheidet, die dem Integritätsinteresse dienen (so etwa Warnpflichten) und solchen, die dem Leistungsinteresse dienen.

62 Vgl. hierzu Art. 1, insbes. auch Abs. 2 Rom II, vgl. dazu, dass dann die Artt. 40 ff. EGBGB nach wie vor zur Anwendung gelangen, unten § 2 Rdnr. 31.

63 Vgl. hierzu Art. 14 Rom II.

64 Sollte keine solch offensichtlich engere Verbindung vorliegen, gilt subsidiär – noch vor der Maßgeblichkeit des Rechts des Erfolgsortes – das Recht eines ggf. gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsstaats von Schädiger und Geschädigtem (Art. 4 Abs. 2 Rom II).

65 So auch LG Hamburg 4.12.2015 – 329 O 343/14 –, juris, Tz. 31 f. = ZInsO 2016, 1373; vgl. auch *Unberath, Hannes/Cziupka, Johannes/Pabst, Steffen*, in: Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, hrsg. v. Rauscher, Thomas, 4. Aufl. 2016, Art. 4 Rom II Rdnr. 95–111; MünchKomm.-*Junker* BGB Art. 4 Rom II Rdnr. 51, Art. 14 Rom II Rdnr. 9 f.; im Grundsatz ebenso, wenn auch zu Art. 41 EGBGB *Staudinger-v. Hoffmann* BGB (2001) Art. 41 EGBGB Rdnr. 9, der ebenfalls davon ausgeht, dass die vertragsakzessorische Anknüpfung auch bei Konkurrenz

Rom II lediglich davon, aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien *könnte* sich eine offensichtlich engere Verbindung ergeben als mit dem gem. Art. 4 Abs. 1 und 2 Rom II anwendbaren Recht. Richtigerweise ist aber die Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom II regelmäßig anzuwenden, wenn Delikte mit einem Vertragsverhältnis oder einem Sonderverhältnis in Zusammenhang stehen.⁶⁶ Denn für die vertragsakzessorische Anknüpfung sprechen eine ganze Reihe von Gründen: Zum einen ist es zweckmäßig, einen Lebenssachverhalt einer einheitlichen Rechtsordnung zu unterstellen und nicht in verschiedene Rechtsbeziehungen aufzusplitteln; insbes. kann hierdurch auch die problematische Frage vermieden werden, ob für die Konkurrenz vertraglicher und deliktischer Ansprüche das Vertrags- oder Deliktstatut maßgeblich ist. Knüpft man deliktische Ansprüche vertragsakzessorisch an, kommt zum anderen eine Rechtsordnung zur Anwendung, auf die sich die Beteiligten (mit Abschluss des Vertrags) einstellen und mit der sie rechnen konnten. Daher entspricht die vertragsakzessorische Anknüpfung auch dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit.⁶⁷

Zweifel an der Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts für deliktisch zu qualifizierende Ansprüche könnte man allerdings insofern haben, als der intendierte Vertrag im Zeitpunkt der Schädigung gerade noch nicht besteht und möglicherweise nicht einmal später abgeschlossen wird. Art. 4 Abs. 3 Rom II verlangt indes als offensichtlich engere Verbindung nicht unbedingt einen (wirksam abgeschlossenen) Vertrag.⁶⁸ Auch sonstige, im Zeitpunkt der Schädigung bereits bestehende Rechtsverhältnisse können ausreichend sein. Da im Zeitpunkt der geschäftlichen Kontaktaufnahme ein gesetzliches Schuldverhältnis entsteht, ist das Statut dieses ge-

29

deliktischer Ansprüche mit solchen aus c.i.c. gilt; vgl. aber auch *Vogeler, Andreas*, Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse, 2013, S. 291, der eine Rechtswahl für Verbraucherverträge nicht auf konkurrierende deliktische Ansprüche erstrecken möchte, da im Bereich des Deliktsrechts eine vorherige Rechtswahl insoweit gem. Art. 14 Abs. 1 S. 1 (b) Rom II nicht möglich wäre. *Vogeler* will hier von der akzessorischen Anknüpfung des Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II abweichen und die deliktischen Ansprüche dem objektiven Vertragsstatut für Verbraucherverträge (Art. 6 Abs. 1 Rom I) unterstellen; noch anders *v. Hein, Jan*, in: *Calliess/Renner* (Hrsg.), *Rome Regulations, Commentary*, 3rd ed., 2020, Article 4 Rome II Rdnr. 69, der in diesem Fall den in Art. 6 Abs. 2 Rom I vorgesehenen Günstigkeitsvergleich auch im Rahmen des Deliktsrechts vornehmen möchte, d.h. das Recht, das bei objektiver Anknüpfung der deliktischen Ansprüche anwendbar wäre, mit dem Recht vergleichen möchte, das bei vertragsakzessorischer Anknüpfung maßgeblich wäre.

⁶⁶ So auch *Unberath, Hannes/Cziupka, Johannes/Pabst, Steffen*, in: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, hrsg. v. Rauscher, Thomas, 4. Aufl. 2016, Art. 4 Rom II Rdnr. 95–111; *MünchKomm.-Junker BGB Art. 4 Rom II Rdnr. 51*, Art. 14 Rom II Rdnr. 9f.; zu Art. 41 EGBGB insbes. *Kropholler § 53 IV 4* (S. 530); ähnlich *Staudinger-v. Hoffmann BGB* (2001) Art. 41 EGBGB Rdnr. 7, wonach das Vorliegen eines Regelbeispiels ein starkes Indiz für das Eingreifen der Ausweichklausel ist, das im konkreten Einzelfall jedoch durch andere Faktoren widerlegt werden kann.

⁶⁷ Zu diesen Argumenten insbes. *Kropholler § 53 IV 4* (S. 530f.); *v. Bar, Christian/Mankowski, Peter*, *Internationales Privatrecht*, Bd. II, Besonderer Teil, 2. Aufl., 2019, § 2 Rdnr. 209; ähnlich *Staudinger-v. Hoffmann BGB* (2001) Art. 41 EGBGB Rdnr. 9.

⁶⁸ So auch *Unberath, Hannes/Cziupka, Johannes/Pabst, Steffen*, in: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, hrsg. v. Rauscher, Thomas, 4. Aufl. 2016, Art. 4 Rom II Rdnr. 97.

setzlichen Schuldverhältnisses auch für (deliktische) c.i.c.-Ansprüche wegen Verletzung des Integritätsinteresses maßgeblich.⁶⁹ Die einzige Frage ist daher, ob in Anbetracht der unterschiedlichen Funktion und Qualifikation vorvertraglicher Pflichten überhaupt ein einheitliches Statut für das gesetzliche Schuldverhältnis bestimmbar ist, das dann gegebenenfalls auch für eindeutig deliktische Ansprüche maßgeblich sein kann. Die Sonderverbindung als solche wird indes geprägt von dem intendierten Vertrag, auch wenn einzelne Ansprüche aus der Sonderverbindung mit guten Gründen als dem Integritätsinteresse dienend und daher bei funktioneller Betrachtung als deliktisch eingeordnet werden können. Denn eine Sonderverbindung entsteht überhaupt erst durch die Intention, einen Vertrag abzuschließen.

- 30 Im Ergebnis dürften die Ansprüche aus c.i.c. – zumindest in aller Regel – einheitlich dem Statut des angebahnten Vertrags unterliegen. Konkret bedeutet dies, dass Ansprüche (des Kunden) aus c.i.c. sich nach dem Recht bestimmen, das für den bankrechtlichen Einzelvertrag (wirksam) vereinbart wurde. Kam es noch nicht zu einer ausdrücklichen oder konkludenten Rechtswahl zwischen Bank und Kunde oder ist diese unwirksam, gilt Art. 4 Rom I. Da zumindest in aller Regel das Kreditinstitut die für den Vertrag charakteristische (Dienst-)Leistung erbringt, findet auch auf Ansprüche aus Verletzung des gesetzlichen Schuldverhältnisses grds. das Recht des Staates Anwendung, in dem sich die Haupt- bzw. die maßgebliche Zweigniederlassung dieses Instituts befindet.

3. Deliktische Ansprüche

- 31 Soweit Ansprüche aus Delikt geltend gemacht werden, richtet sich das hierauf anwendbare Recht vorrangig nach Artt. 4 ff. Rom II. Sofern allerdings Bereiche – wie etwa die Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte – betroffen sind, die nicht in den Anwendungsbereich der Rom II-VO fallen,⁷⁰ sind für deliktische Ansprüche immer noch die Artt. 40–42 EGBGB maßgeblich. Dies bedeutet, dass etwa bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Offenlegung kundenbezogener Tatsachen grds. das Recht des Handlungsorts des Schädigers und auf Verlangen des Verletzten das Recht des Erfolgsorts zur Anwendung gelangt (Art. 40 Abs. 1 EGBGB). Soweit hierdurch jedoch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (potentiell) verletzt wird, richten sich Schadensersatzansprüche nach Art. 4 Rom II; daher findet grds. das Recht des Erfolgsorts Anwendung. Dabei ist der Handlungsort etwa der Ort, an dem die Bank die (event.) gegen das Bankgeheimnis verstoßende Auskunft erteilt hat. Demgegenüber ist der Erfolgsort der Ort, an dem das (unmittelbar) verletzte Rechtsgut sich

⁶⁹ In diesem Sinn wohl auch *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Komm. z. BGB, 16. Aufl. 2021, Art. 4 Rom II Rdnr. 11; anders aber wohl *Unberath, Hannes/Cziupka, Johannes/Pabst, Steffen*, in: Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, hrsg. v. Rauscher, Thomas, 4. Aufl. 2016, Art. 4 Rom II Rdnr. 94, 97a.

⁷⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 2 g) Rom II.

befindet (vgl. auch unten § 7 Rdnr. 92 ff., wonach bei Prospekthaftungsansprüchen das Recht des Erfolgsorts im Sinne der Anwendbarkeit des Rechts des betroffenen Marktes zu präzisieren ist).

Allerdings sind im Bereich der Haftung von Banken für Delikte die Ausweichklauseln von Bedeutung, die sich sowohl in Art. 4 Abs. 3 Rom II wie auch in Art. 41 EGBGB finden. Denn in aller Regel wird zwischen Verletzer und Verletztem entweder ein Vertrag bereits abgeschlossen oder doch zumindest beabsichtigt sein. In diesem Fall aber richtet sich die deliktische Haftung gem. Artt. 4 Abs. 3 Rom II, 41 Abs. 1, 2 Nr. 1 EGBGB nach dem Vertragsstatut bzw. nach dem Statut des angebahnten Vertrags (vgl. auch oben § 2 Rdnr. 13–22).⁷¹ Da somit auch für konkurrierende Deliktsansprüche das Vertragsstatut maßgeblich ist, soll an dieser Stelle auf das internationale Deliktsrecht nicht näher eingegangen werden.

4. Besonderheit: Rechtsverhältnisse mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Die akzessorische Anknüpfung an ein bestehendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien (Artt. 4 Abs. 3 Rom II, 41 Abs. 1, 2 Nr. 1 EGBGB) muss im Übrigen auch für Ansprüche Dritter gelten, die in den Schutzbereich des Vertrags oder des vorvertraglichen Schuldverhältnisses einbezogen sind. Soweit es um die Verschwiegenheitspflicht der Bank geht, kann dies etwa bei den Personen der Fall sein, über die das Kreditinstitut im Rahmen der Geschäftsverbindung Informationen erlangt. Zwar ist zwischen den Beteiligten der besonderen Beziehung, an die akzessorisch angeknüpft wird, und dem Schädiger bzw. Geschädigten grds. Parteidentität erforderlich, da ein Vertrag ansonsten zu einem Vertrag zulasten des Dritten werden könnte.⁷² Handelt es sich aber um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, so leiten diese Dritten ihre Ansprüche gerade aus der Vertragsbeziehung bzw. dem vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen den Parteien ab; sie müssen sich daher auch bei der kollisionsrechtlichen Beurteilung ihrer Schadensersatzansprüche wie die Vertragspartei behandeln lassen. Hierfür spricht überdies der Grundgedanke der Ausweichregelungen der Artt. 4 Abs. 3 Rom II, 41 Abs. 1, 2 Nr. 1 EGBGB, wonach der gesamte Lebenssachverhalt einer einheitlichen Rechtsordnung unterstellt werden soll.⁷³ Auch hinsichtlich solcher Drittansprüche gelangt man daher wiederum zur Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts.

⁷¹ Dies hat das OLG München nicht beachtet, als es die Anwendung deutschen Rechts – trotz eines bestehenden Vertragsverhältnisses – mit Art. 40 EGBGB begründete, da die Streitgegenständliche Äußerung des Vorstandssprechers der wegen Verletzung des Bankgeheimnisses beklagten Bank auch in Deutschland ausgestrahlt worden sei (OLG München 10.12.2003, WM 2004, 74, 80).

⁷² So im Grundsatz zutreffend Staudinger-v.Hoffmann BGB (2001) Art. 41 EGBGB Rdnr. 13.

⁷³ So auch MünchKomm.-Junker BGB Art. 4 Rom II Rdnr. 51; vgl. zu Art. 41 EGBGB Staudinger-v.Hoffmann BGB (2001) Art. 41 EGBGB Rdnr. 9.