

Malte Friedrich Kramme

# Der Konflikt zwischen dem Bankgeheimnis und Refinanzierungsabtretungen

Deutschland – Frankreich – Schweiz

Mohr Siebeck

# Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Kapitel 1: Einleitung	1
<i>A. Gegenstand der Untersuchung</i>	1
<i>B. Zur Auswahl Frankreichs und der Schweiz als Vergleichsrechtsordnungen</i>	2
<i>C. Gang der Untersuchung</i>	3
<i>D. Einführung in die Problematik</i>	3
Kapitel 2: Abtretungsrecht	22
<i>A. Voraussetzungen und Wirkungen einer Forderungsabtretung</i>	22
<i>B. Vertragliche Abtretungsverbote</i>	56
<i>C. Gesetzliche Abtretungsverbote</i>	71
<i>D. Zusammenfassung</i>	72
Kapitel 3: Berufsgeheimnisse und Datenschutz im Dienstleistungsverkehr	74
<i>A. Grundlagen des Berufsgeheimnisschutzes</i>	74
<i>B. Grundlagen des Datenschutzes – EU-Richtlinie und nationale Umsetzungen</i>	78
<i>C. Verfassungsrechtliche Dimension von Berufsgeheimnis- und Datenschutz</i>	82

Kapitel 4: Das Bankgeheimnis	94
<i>A. Grundlagen des Bankgeheimnisses</i>	94
<i>B. Zweck des Bankgeheimnisschutzes</i>	96
<i>C. Rechtliche Grundlagen</i>	98
<i>D. Geschützte Informationen</i>	133
<i>E. Geschützte Personen (Geheimnisherren)</i>	139
<i>F. Adressaten der Geheimhaltungspflicht (Geheimnisträger)</i>	140
<i>G. Verletzungshandlung</i>	148
<i>H. Nachvertraglicher Bankgeheimnisschutzes</i>	150
Kapitel 5: Rechtsfolgen der Verletzung des Bankgeheimnisses	152
<i>A. Schadensersatz</i>	152
<i>B. Vertragsauflösung</i>	167
<i>C. Unterlassungsanspruch</i>	169
<i>D. Strafrechtliche Sanktionen</i>	172
<i>E. Bankenaufsichtsrechtliche Sanktionen</i>	175
Kapitel 6: Auswirkung der Verletzung des Bankgeheimnisses auf die Abtretung einer Forderung gegen einen Bankkunden	179
<i>A. Vertragliche Verschwiegenheitspflicht als Abtretungsverbot</i>	179
<i>B. Bankgeheimnis als gesetzliches Abtretungshindernis</i>	186
Kapitel 7: Die Einschränkungen des Bankgeheimnisses im Refinanzierungsfall	203
<i>A. Einschränkungen gegen den Willen des Geheimnisherrn</i>	203
<i>B. Die einvernehmliche Einschränkung des Bankgeheimnisses</i>	234
Kapitel 8: Die Lösung des Konflikts	264
<i>A. Abwägungsentscheidung</i>	264
<i>B. Sonderfälle</i>	284

<i>C. Die Vereinbarkeit der Lösung mit dem geltenden Recht</i>	294
<i>D. Verbesserung des Bankgeheimnisschutzes im deutschen Recht</i>	305
<b>Kapitel 9: Zusammenfassung</b>	<b>313</b>
Literaturverzeichnis	317
Stichwortverzeichnis	331

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Kapitel 1: Einleitung	1
<i>A. Gegenstand der Untersuchung</i>	1
<i>B. Zur Auswahl Frankreichs und der Schweiz als Vergleichsrechtsordnungen</i>	2
<i>C. Gang der Untersuchung</i>	3
<i>D. Einführung in die Problematik</i>	3
I. Kreditrefinanzierungstätigkeit der Banken	3
II. Überblick über die rechtliche Gestaltung von Refinanzierungstransaktionen	6
1. True-Sale Transaktionen	7
2. Refinanzierungsgeschäfte ohne Abtretung	8
III. Konflikt mit dem Bankgeheimnis	10
IV. Handeln des deutschen und französischen Gesetzgebers	12
1. Frankreich	12
2. Deutschland	12
a) Die Vertragsbeziehung zwischen Bank und Kunde	13
b) Übertragung der vorteilhaften Rechtsposition auf den Erwerber	14
3. Regulierung von Kreditverkäufen durch das Risikobegrenzungsgesetz	15
a) Schutzbedürftigkeit des Schuldners	15
b) Tätigwerden des Gesetzgebers	16
aa) Verbesserung des Kündigungsschutzes	17
bb) Ausschluss des gutgläubigen einredfreien Erwerbs von Sicherungsgrundschulden	18

cc) Schadensersatz wegen unzulässiger Vollstreckungsmaßnahmen	18
dd) Hinweis- und Warnpflichten	19
ee) Rechtsschutz ohne Sicherheitsleistung	20
c) Auswirkungen auf den Konflikt mit dem Bankgeheimnis	20
Kapitel 2: Abtretungsrecht	22
A. Voraussetzungen und Wirkungen einer Forderungsabtretung	22
I. Frankreich	22
1. Abtretung gemäß dem Code Civil (cession civile)	23
a) Wirksamkeitsvoraussetzungen der Abtretung	24
b) Gegenstand der Abtretung - creances cessibles	25
c) Wirkungen der Abtretung	26
aa) Vor der formalen Schuldnerbeteiligung	27
bb) Nach der formalen Schuldnerbeteiligung	29
cc) Haftung des Zedenten	29
dd) Pflichten des Zessionars	30
2. Cession Dailly	30
a) Einführung	30
b) Unzulänglichkeit anderer Abtretungsinstitute	32
c) Anwendungsbereich der cession Dailly	33
aa) Anforderungen an Zedent und Zessionar	33
bb) Anforderungen an die abtretbaren Forderungen	34
(1) Berufliche Natur der Forderungen	34
(2) Bestimmtheit der Forderungen	35
d) Übergabe des Bordereau (Forderungsverzeichnis)	35
e) Wirkungen der Cession Dailly	37
aa) Wirkungen im Verhältnis zwischen dem Zedent und dem Zessionar	37
bb) Wirkungen im Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner	37
cc) Wirkungen gegenüber anderen Dritten	38
3. Bankenspezifische Rechtsinstitute zur Forderungsübertragung	38
a) Übertragung von „Forderungsverzeichnissen“ durch Übergabe des bordereau	39
b) Weiterübertragung von „Forderungsverzeichnissen“ mittels titre de mobilisation	39
c) Übertragung nicht forderungsgesicherter Kredite mittels titre de mobilisation	41
d) Verbriefung von Forderungen (titrisation)	42

II. Schweiz	43
1. Wirksamkeitsvoraussetzungen	43
a) Einigung	43
b) Form	44
c) Verfügungsmacht	45
d) Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts?	45
2. Abtretbare Forderungen	47
3. Wirkungen der Abtretung	49
a) Forderungsübergang	49
b) Übergang der Vorzugs- und Nebenrechte	49
c) Pflicht zur Auskunft	49
d) Vorkehrungen zum Schuldnerschutz	50
e) Haftung des Zedenten	51
III. Deutschland	51
1. Wirksamkeitsvoraussetzungen	52
2. Abtretbare Forderungen	53
3. Wirkungen der Abtretung im Innenverhältnis	53
a) Forderungsübergang	53
b) Übergang der Nebenrechte	53
c) Auskunftspflicht und weitere Verpflichtungen	54
4. Wirkungen der Zession im Außenverhältnis	54
IV. Zusammenfassung	55
<i>B. Vertragliche Abtretungsverbote</i>	56
I. Französisches Recht	56
1. Frühere Position der Rechtsprechung und Lehre	56
2. Erste Durchbrechungen dieser Position durch Art. 900-1 CC und UNIDROIT-Factoringabkommen	58
3. Durchbrechungen dieser Position durch die jüngere Rechtsprechung	58
a) Cour d'appel de Paris, 1996	59
b) Cour de Cassation, 21. November 2000	59
c) Cour de Cassation, 22. Oktober 2002	60
d) Rezeption der Urteile durch die Literatur	61
4. Einführung des Art. L442-6 II c) C. Com	62
II. Schweizerisches Recht	64
III. Deutsches Recht	65
1. Bürgerlich-rechtliches Geschäft	65
2. Neuregelung des § 354a HGB	65
3. Refinanzierungsregister	68
IV. Rechtsvergleich unter Berücksichtigung von UNIDROIT-Konvention und DCFR	69

<i>C. Gesetzliche Abtretungsverbote</i>	71
<i>D. Zusammenfassung</i>	72
<b>Kapitel 3: Berufsgeheimnisse und Datenschutz im Dienstleistungsverkehr</b>	74
<i>A. Grundlagen des Berufsgeheimnisschutzes</i>	74
I. Abgrenzung	74
II. Berufsgeheimnisse als Grundlage einer Vertrauensbeziehung	76
III. Merkmale von Berufsgeheimnissen	76
1. Umgang mit vertraulichen Informationen	76
2. Abhängigkeit des Einzelnen von der angebotenen Dienstleistung	77
IV. Schutzrichtung des Berufsgeheimnisschutzes	77
<i>B. Grundlagen des Datenschutzes – EU-Richtlinie und nationale Umsetzungen</i>	78
<i>C. Verfassungsrechtliche Dimension von Berufsgeheimnis- und Datenschutz</i>	82
I. Wirkungsweise der Grundrechte im Verhältnis des Dienstleisters zu seinem Kunden	82
1. Frankreich	82
2. Schweiz	84
3. Deutschland	85
4. Ergebnis	87
II. Die betroffenen Grundrechte	87
1. Der verfassungsmäßige Schutz der Privatsphäre	87
a) Deutschland	88
b) Schweiz	90
c) Frankreich	91
2. Die weiteren betroffenen Grundrechte	92
<b>Kapitel 4: Das Bankgeheimnis</b>	94
<i>A. Grundlagen des Bankgeheimnisses</i>	94
<i>B. Zweck des Bankgeheimnisschutzes</i>	96



<i>C. Rechtliche Grundlagen</i>	98
I. Vertragspflicht und/oder Pflicht aus rechtsgeschäftlichem Kontakt	100
1. Frankreich	100
a) Begründung der vertraglichen Einordnung	100
<b>b) <i>Obligation de moyen</i> oder <i>Obligation de resultat</i></b>	102
2. Schweiz und Deutschland	104
a) Begründung der vertraglichen Einordnung	104
b) Die deutschen AGB-Banken als Grundlage des Bankgeheimnisses	107
II. Deliktsrechtlicher Schutz der Persönlichkeit	110
1. Französisches Recht	110
a) Schutz privater Informationen i. e. S. durch Art. 9 CC	110
b) Schutz vermögensbezogener Informationen durch Art. 9 CC	111
c) Anwendbarkeit des Art. 9 CC auf <i>personnes morales</i>	114
2. Schweizerisches Recht	116
a) Schutz durch das Recht auf Persönlichkeit des Art. 28 1 ZGB	116
b) Schutz juristischer Personen	118
3. Deutsches Recht - Sonstiges Recht i. S. d. § 823 I BGB	119
a) Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht	119
b) Verhältnis zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	120
c) Schutz juristischer Personen	120
4. Persönlichkeitsrecht als spezifische Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses?	121
III. Strafrecht	123
1. Frankreich	123
2. Schweiz	125
3. Deutschland	126
a) Private Banken und Genossenschaftsbanken	126
b) Sparkassen und Landesbanken	126
aa) BGHSt 31, 264	127
bb) Verfassungswidrigkeit der Strafbarkeit von Abtretungen seit der Brüsseler Verständigung vom 17.07.2001 über die Gewährträgerhaftung und Anstaltslast ?	127
cc) Kritik	129
IV. Datenschutz	131
V. Zusammenfassung	132

<i>D. Geschützte Informationen</i>	133
I. Grundsatz	133
II. Datenschutzrecht	134
III. Strafrecht	134
IV. Deliktsrecht	136
V. Vertragsrecht	137
<i>E. Geschützte Personen (Geheimnisherren)</i>	139
<i>F. Adressaten der Geheimhaltungspflicht (Geheimnisträger)</i>	140
I. Bankbegriff	140
1. Definition durch die europäisches Sekundärrecht	141
2. Etablissements de credit und societe de financement im französischen Recht	142
a) Angleichung der Begrifflichkeit an Unionsrecht	142
b) Juristische Personen	143
c) Zulassung (agrement)	143
3. Begriff der Bank im schweizerischen Recht	144
4. Begriff des Kreditinstituts im deutschen Recht	146
II. Die Verpflichtung der Bank, ihrer Organe und Vertreter	146
<i>G. Verletzungshandlung</i>	148
<i>H. Nachvertraglicher Bankgeheimnisschutzes</i>	150
 Kapitel 5: Rechtsfolgen der Verletzung des Bankgeheimnisses	 152
<i>A. Schadensersatz</i>	152
I. Frankreich	152
1. Deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch	152
a) Voraussetzungen	152
b) Anspruchsgegner	153
c) Verantwortlichkeit des Angestellten	155
2. Vertraglicher Schadensersatzanspruch	156
a) Voraussetzungen	156
b) Vertragliche Haftung für das Verhalten von Angestellten oder anderen Dritten	157
3. Verhältnis von vertraglichem und deliktischem Schadensersatzanspruch	157
II. Schweiz	159

1. Deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch	159
a) Voraussetzungen	159
b) Anspruchsgegner	160
2. Vertraglicher Schadensersatzanspruch	161
3. Verhältnis von vertraglichem zu deliktischem Schadensersatzanspruch	161
III. Deutschland	162
IV. Zur Bezifferung eines Schadens	162
<i>B. Vertragsauflösung</i>	167
I. Frankreich	167
II. Schweiz	168
III. Deutschland	168
<i>C. Unterlassungsanspruch</i>	169
I. Vertragsrecht	169
II. Deliktsrecht	171
III. Bedeutung in der Praxis	172
<i>D. Strafrechtliche Sanktionen</i>	172
I. Frankreich	172
1. Verantwortlichkeit der handelnden natürlichen Personen	172
2. Strafrechtliche Verantwortung des Kreditinstituts	173
II. Schweiz	173
[II. Deutschland – Strafbare Verstöße gegen das BDSG	174
<i>E. Bankenaufsichtsrechtliche Sanktionen</i>	175
I. Frankreich	175
II. Schweiz	175
III. Deutschland	176
1. Zuständigkeit der Bankenaufsicht	176
2. Handlungsmöglichkeiten der Bankenaufsicht	177
 Kapitel 6: Auswirkungen der Verletzung des Bankgeheimnisses auf die Abtretung einer Forderung gegen einen Bankkunden	 179
<i>A. Vertragliche Verschwiegenheitspflicht als Abtretungsverbot</i>	179

I. Frankreich	179
II. Schweiz	181
III. Deutschland	183
1. OLG Frankfurt, Urteil vom 25.05.2004	183
2. BGH, Urteil vom 27.02.2007	184
3. § 22d IV Satz 1 KWG (Refinanzierungsregister) und § 354a HGB	185
IV. Zusammenfassung	186
<i>B. Bankgeheimnis als gesetzliches Abtretungshindernis</i>	186
I. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen Verbotsgesetze	187
1. Frankreich - Art. 6 CC	187
a) Voraussetzungen des Art. 6 CC	187
b) Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses als Bestandteil des ordre public de protection individuelle	189
c) Wirksamkeit der Abtretung wegen Art. L511-33 al. 3 C. mon. fin	189
2. Schweiz	190
a) Verbotsnormcharakter von Art. 47 Ziff. 1 BankG und Art. 28 ZGB	191
b) Nichtigkeitsfolge	192
aa) Art. 47 Ziff. 1 BankG	192
bb) Art. 28 1 ZGB	195
3. Deutschland	196
4. Widerrechtlichkeit der Verträge	197
a) Widerrechtlichkeit des kausalen Forderungskaufvertrages	197
b) Widerrechtlichkeit des Abtretungsvertrages	197
II. Gesetzliche Abtretungsverbote	199
1. Schweiz	199
2. Deutschland	201
<b>Kapitel 7: Die Einschränkungen des Bankgeheimnisses im Refmanzierungsfall</b>	<b>203</b>
<i>A. Einschränkungen gegen den Willen des Geheimnisherrn</i>	203
I. Frankreich	203
1. Art. 511-33 al. 3 C. mon. fin	203
2. Frühere Rechtslage	205
3. Auswirkungen der Neuregelung	207
a) Strafbefreiende Wirkung	207

b) Auswirkungen auf die anderen Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses	207
aa) Auswirkungen auf das Recht auf Privatleben (Art. 9 CC) und auf das Datenschutzrecht	208
bb) Auswirkungen auf die vertragliche Diskretionspflicht	209
4. Ergebnis	211
II. Schweiz und Deutschland	212
1. Einschränkungen aufgrund gesetzlicher Bestimmungen	212
a) Wirkungsweise von Ausnahmetatbeständen im schweizerischen Recht	212
b) Wirkungsweise von Ausnahmetatbeständen im deutschen Recht	214
c) Mögliche Erlaubnistatbestände	215
aa) Grundsatz der freien Abtretbarkeit als Erlaubnistatbestand	215
bb) Art. 63 AEUV als Erlaubnistatbestand für die Durchbrechung des Bankgeheimnisses	216
cc) Wertungen des Risikobegrenzungsgesetzes als Erlaubnistatbestand für die Durchbrechung des Bankgeheimnisses	217
dd) Analoge Anwendung von Vorschriften zur Abtretung von Honorarforderungen?	218
2. Einschränkungen des Bankgeheimnisses aufgrund berechtigten Interesses?	219
a) Persönlichkeitsrecht	219
b) Datenschutzrecht	220
c) Vertragsrecht	221
aa) Treu und Glauben als Grenze der vertraglichen Verschwiegenheitspflicht	221
(1) Schweiz	221
(2) Deutschland	223
bb) Ausübungskontrolle	225
cc) Zusammenfassung	228
d) Strafrecht – Ausnahmen von Art. 47 BankG	228
e) Verhältnis der rechtsgrundlagenspezifischen Ausnahmen zueinander	230
aa) Akzessorietät von Art. 47 BankG	230
bb) Übertragung der außervertraglichen Rechtfertigungsgründe auf das Vertragsrecht	232
cc) Zusammenfassung	233

<i>B. Die einvernehmliche Einschränkung des Bankgeheimnisses</i>	234
I. Dispositionsmöglichkeit	235
1. Vertragsrecht	235
2. Deliktsrecht	236
3. Datenschutzrecht	236
4. Strafrecht	236
a) Schweiz	236
b) Frankreich	238
5. Zusammenfassung	241
II. Mutmaßliche und konkludente Einwilligung	241
1. Mutmaßliche Einwilligung	242
2. Konkludente Einwilligung	242
III. Formulärmäßige Einwilligungsklauseln	244
1. Datenschutzrecht	245
2. Deliktsrecht und Strafrecht	246
3. Vertragsrecht	246
a) Frankreich	247
aa) Allgemeine vertragsrechtliche Inhaltskontrolle	247
bb) Art. 132-1 C. consom	249
b) Schweiz	251
aa) Allgemeine vertragsrechtliche Inhaltskontrolle	251
bb) AGB-Kontrolle – Voll- und Globalübernahme	251
c) Deutschland	254
4. Zusammenfassung	256
IV. Der Widerruf der Einwilligung	259
1. Zivilrecht	260
2. Strafrecht	261
3. Zusammenfassung und kritische Würdigung	261
V. Musterklausel	262
Kapitel 8: Die Lösung des Konflikts	264
<i>A. Abwägungsentscheidung</i>	264
I. Gesamtwirtschaftliche Erwägungen	264
II. Die Position der Bank	266
1. Refinanzierungsabtretungen als Instrument des Risikomanagements	267
2. Erfüllung bankenaufsichtsrechtlicher Vorgaben	268
a) Gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Risikominimierung	268

b) Zusammenhang zwischen der Eigenmittelunterlegungspflicht und der Vornahme von Refinanzierungsabtretungen	269
III. Die Position des Bankkunden	273
1. Vergleich von Bankenschuldnern mit „normalen“ Schuldnern	274
a) Besonderer Informationsgehalt der Darlehensforderung selbst	275
b) Besonderer Kenntnisstand der Banken	275
2. Ergebnis	276
IV. Gewichtung der Interessen	277
1. Folgen der Informationsweitergabe für den Bankkunden	277
a) Materielle Nachteile	277
b) Immaterielle Nachteile	278
c) Fehlender Schutzzweck des Bankgeheimnisses bei Abtretungen?	279
2. Folgen der Geheimhaltungspflicht für das Refinanzierungsgeschäft der Banken	280
3. Ergebnis	282
V. Zusammenfassung	284
<i>B. Sonderfälle</i>	284
I. Informationsweitergabe an andere Banken unter Weitergabe der Verschwiegenheitspflicht	284
II. Pflicht zur Geheimhaltung bei Vertragsbrüchigkeit des Kunden	288
1. Vereinbarkeit mit Grundsätzen des Leistungsstörungenrechts?	288
2. Beharren auf dem Bankgeheimnis als Fall der unzulässigen Rechtsausübung?	290
3. Ergebnis	292
III. Anonymisierte Abtretungen?	292
IV. Ausgliederung von Krediten an den FMS sowie staatliche Abwicklungsanstalten („Bad Banks“)	293
<i>C. Die Vereinbarkeit der Lösung mit dem geltenden Recht</i>	294
I. Grundsatz der freien Abtretbarkeit	295
1. Kein systematisch bedingter Vorrang von Abtretungen	295
2. Kein Vorrang der Abtretung unter Gesichtspunkt der Pflichtenkollision	296
3. Keine schrankenlose Gewährleistung des Rechts auf freie Abtretung	298
4. Ergebnis	299
II. Vereinbarkeit mit Art. 63 I AEUV	299

III. Vereinbarkeit mit den Regelungen des Risikobegrenzungsgesetzes	301
IV. Keine analoge Anwendung verwandter Erlaubnistatbestände	303
V. Ergebnis	304
<i>D. Verbesserung des Bankgeheimnisschutzes im deutschen Recht</i>	305
I. Begründung eines vertraglichen Abtretungsverbot	305
II. Nichtigkeit der Abtretung wegen Natur des Rechtsverhältnisses	309
III. Nichtigkeit der Abtretung nach § 134 BGB i. V. m. § 28 I Nr. 2 BDSG	311
 <b>Kapitel 9: Zusammenfassung</b>	 313
 Literaturverzeichnis	 317
Stichwortverzeichnis	331