

Das Bankgeheimnis im Spannungsfeld zwischen privatem und öffentlichem Recht*

von Universitätsdozent Dr. *Reiner Schmidt*, Würzburg

A.

Obwohl das Bankgeheimnis seit Bestehen der Banken praktiziert wird, ist dessen Stellung als Rechtsfigur bisher nur ungenügend geklärt. Bezeichnend hierfür ist eine vor kurzem ausgetragene Kontroverse. Ein Bankgeheimnis im Rechtssinne, so wurde behauptet, existiere schon deshalb nicht, weil Banken nach ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen berechtigt seien, die Verhältnisse ihrer Kunden anderen Banken und Auskunfteien zu offenbaren¹. Dem wurde entgegnet, Gesetzgeber, Verwaltung und Rechtsprechung erkannten das Bankgeheimnis als bestehendes Rechtsinstitut an. Bankmäßige Kreditauskünfte stellten keine Verletzung des Bankgeheimnisses dar, sie dienten im Gegenteil der Wahrung der Kundeninteressen². „Das Bankgeheimnis — ein Werbewort“³; „das Bankgeheimnis — ein Rechtsinstitut“⁴, so sind die Gegenpositionen gekennzeichnet. Einigkeit besteht lediglich über den Streitgegenstand. Das Bankgeheimnis wird übereinstimmend verstanden:

1. als Verpflichtung einer Bank über Konten eines Kunden sowie über sonstige Tatsachen, die ihr aufgrund der Geschäftsverbindung bekannt geworden sind, keine Auskünfte zu geben, soweit nicht gesetzliche Ausnahmenvorschriften bestehen, und
2. als Recht der Bank, Auskünfte über die Konten und Verhältnisse eines Kunden zu verweigern⁵.

Der rechtlichen Betrachtung des Bankgeheimnisses in diesem Sinn soll ein Blick auf die Interessenlage vorausgehen. Nur so werden nämlich manche einseitigen und schneidigen juristischen Argumentationsketten verständlich.

* Überarbeitete Fassung meines am 21. Januar 1971 an der Universität Würzburg gehaltenen öffentlichen Probevortrages.

1 So *Klaas/Petzel*, Das Bankgeheimnis — ein Werbewort, FAZ, Blick durch die Wirtschaft vom 9. März 1970, S. 4.

2 So *Hellner*, Das Bankgeheimnis — ein Rechtsinstitut, FAZ, Blick durch die Wirtschaft vom 23. März 1970, S. 3.

3 So *Klaas/Petzel*, aaO. Anm. 1.

4 So *Hellner*, aaO. Anm. 2.

5 So *Sichtermann*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Aufl., Frankfurt 1966, S. 33 mit weiteren Nachweisen.

B.

I.

1. Das Hauptinteresse an der Bewahrung des Bankgeheimnisses hat der Bankkunde selbst. Die Motive liegen auf der Hand; sie sind keineswegs allein in der Angst vor dem Fiskus zu suchen. Dieses Interesse wird vertreten von den Banken, die ihrerseits ein Eigeninteresse an der Wahrung des Fremdinteresses haben. Den beiden Privatinteressen steht ein in sich widersprüchliches öffentliches Interesse am Bankgeheimnis gegenüber. Einerseits spricht nämlich die Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs für eine Aufhebung, zumindest aber für eine weitgehende Durchlöcherung des Bankgeheimnisses; andererseits aber ist die Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Bank und deren Kunden durch den Staat volkswirtschaftlich unerwünscht. Die Ansammlung von Spareinlagen, die Inanspruchnahme des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, der reibungslose Vertrieb und die Verwaltung insbesondere festverzinslicher Titel durch die Banken liegt im allgemeinen Interesse. Eine grenzenlose Offenbarungspflicht hätte ein Flucht in Sachwerte, eine verminderte Kapitalbildung und zweifellos keine Verbesserung der Steuermoral zur Folge.

Das aufgezeigte Interessenkonglomerat ist — je nach der Gruppenzugehörigkeit — zu einseitigen, vollmundigen Erklärungen und „Beweisführungen“ nutzbar. So wurde das Bankgeheimnis pathetisch als der „tragende Pfeiler unserer Kreditwirtschaft und eines gesunden Wirtschaftsverkehrs“⁶ bezeichnet, während ein Staatsanwalt den Banken vorwarf, „bis zur Grenze der Strafwürdigkeit zur Mitwirkung bei dunklen, gewinnversprechenden Geschäften bereit“ zu sein⁷. Nur eine nüchterne Analyse der wirtschaftlichen und rechtlichen Situation kann den Weg zu einer dauerhaften Lösung weisen.

2. Wo *volkswirtschaftlich* am sinnvollsten die Linie zwischen den verschiedenen Interessen zu ziehen ist, läßt sich nicht mit hinreichender Sicherheit beantworten. Exaktes, wissenschaftlich verwertbares Material liegt hierzu nicht vor. Zwar wurde im Jahre 1919 durch Einführung der Abgabenordnung das Bankgeheimnis aufgehoben und daran anschließend hatten 1924 die Landesfinanzpräsidenten dem Reichsfinanzminister über die praktische Auswirkung der neuen Auskunftspflichten zu berichten. Das Ergebnis dieser Befragung wurde aber nie publiziert und ist heute nicht mehr auf-

6 *Stegmaier*, Bankgeheimnis und steuerliche Betriebsprüfung, Steuern im Sparkassenbetrieb (Beilage zu den „Betriebswirtschaftlichen Blättern für die Praxis der Sparkassen und Girozentralen“, hrsg. vom Deutschen Sparkassen- und Giroverband, Bonn), 1958, S. 10.

7 *Rudolf Müller*, Anmerkung zum B. des LG Hof vom 23. Oktober 1967, NJW 1968, S. 65.

findbar⁸. Auch ein Blick über die Grenzen hilft nicht weiter. Der Versuch, durch einen internationalen Vergleich zwischen dem jeweiligen Sparaufkommen und dem Schutz des Bankgeheimnisses eine Gesetzmäßigkeit zu erkennen, muß scheitern, weil zu viele Unwägbarkeiten im Spiel sind. So ist z. B. die in diesem Zusammenhang interessierende Schweizer Situation durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und Staat und die dortige Systematik des Steuerveranlagungsverfahrens geprägt; nicht jedoch läßt sich aus ihr ein Rezept für die volkswirtschaftlich optimale Begrenzung des Bankgeheimnisses ableiten⁹.

3. Eine *rechtliche* Lösung hat im Verfassungsstaat moderner Prägung sowohl dem Schutz der Individualsphäre als auch dem staatlichen Anliegen auf Durchsetzung seiner Ansprüche gerecht zu werden.

Bevor um 1800 die Lehre von der einheitlichen Staatsgewalt aufkam, ermöglichte die potestas inspectoria zum Eindringen „in die verborgensten Winkel, damit ihr nichts unbekannt bleibe, welches der Absicht des Staates vorteilhaft oder schädlich ist“¹⁰. Heute läßt sich nur bei totalitären Regimen die tendenzielle Veröffentlichung des Menschen und die gleichzeitige Verhüllung des Staates im Geheimnis feststellen¹¹, während der demokratische Verfassungsstaat – zumindest idealtypisch – durch die Transparenz seiner Entscheidungsprozesse und die nur limitierte Aufhebung der Privatsphäre gekennzeichnet ist. Wo die rechtlich zulässige Grenzziehung zwischen Gemeinschaft und Individuum im Bankgeheimnis nach der Rechtslage der Bundesrepublik verläuft, wird nunmehr im einzelnen zu zeigen sein.

II.

1. Der Gesetzgeber hat die Verschwiegenheitspflicht der Banken nicht normiert. Lediglich in einigen entlegenen Gesetzen wird der Terminus „Bank-

8 Vgl. *Schubert*, Das Bankgeheimnis, bank- und finanzwirtschaftliche Abhandlungen, Heft 14, 1929, S. 61.

9 Vgl. *Schönle*, Le secret bancaire en Suisse, Rapport national du Colloque sur le „secret bancaire dans les pays de la C.E.E. et en Suisse“ organisé par le Centre d'économie bancaire international et le Centre d'études des Communautés européennes de l'Université de Paris I les 15 et 16 octobre 1971, S. 22 f. (hektographiert) und *Kurt Mueller*, The swiss banking secret, The international and comparative Law Quarterly, Bd. 18, 1969, S. 360 ff.

10 *Scheidemantel*, „Das Staatsrecht nach der Vernunft usw.“ 1770, Bd. 1, S. 152 zitiert nach *Herbert Krüger*, Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, Hamburger öffentlich-rechtliche Nebenstunden, Bd. 2, Hamburg 1960, S. 33.

11 Vgl. *Adolf Arndt*, Das Geheimnis im Recht, NJW 1960, S. 2040.

geheimnis“ ohne nähere inhaltliche Spezifizierung verwendet¹². Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses im § 300 StGB von Ärzten, Rechtsanwälten und anderer im einzelnen aufgezählter Berufsgruppen, erstreckt sich nicht auf Banken. Auch die Ausdehnung dieses Kreises durch die Strafprozeßordnung, die in § 53 den genannten und weiteren Berufen ein Zeugnisverweigerungsrecht zubilligt, erfaßt die Banken nicht. Nur im Zivilprozeß können sie nach den §§ 383 Abs. 1 Ziff. 5 und 384 Ziff. 3 der ZPO erfolgreich ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen, weil ihnen „Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur . . . geboten ist“; bzw. weil sie nicht gezwungen werden dürfen, „Gewerbegeheimnisse“ zu offenbaren. Der Begriff „anvertraut“ wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt. Alle Tatsachen, welche die Geheimnisträger innerhalb ihres beruflichen Aufgabenkreises im Verkehr mit den auf ihre Geheimhaltung Vertrauenden wahrgenommen haben, sollen darunter fallen, weil die einer Bank anvertrauten Tatsachen schon ihrer Natur nach geheimhaltungspflichtig sind und keiner besonderen vertraulichen Mitteilung bedürften¹³. Banken stehen daher im Zivilprozeß insoweit Beamten, Laienbeisitzern von Gerichten, Dolmetschern, Masseuren, medizinischen Bademeistern u. ä. Berufsgruppen gleich¹⁴.

Aus dem nur schwach ausgeprägten gesetzlichen Schutz des Bankgeheimnisses als Auskunftsverweigerungsrecht kann dessen Rechtsgrundlage nicht erschlossen werden. Der Gesetzgeber hat es bewußt unterlassen, das Bankgeheimnis zu fixieren. Als eine Regelung zur Diskussion stand, nämlich bei den Beratungen des Kreditwesengesetzes im Jahre 1961, wurde als Begründung hierfür genannt: Die Verpflichtung der Kreditinstitute, über Angelegenheiten ihrer Kunden Stillschweigen zu bewahren, sei seit langem gewohnheitsrechtlich anerkannt. Im Gegensatz zu anderen Ländern wolle man auf eine gesetzliche Verankerung verzichten, weil mit dem Bankgeheimnis die Kreditauskünfte im Widerspruch stünden, die sich Kreditinstitute im eigenen Interesse und im Interesse ihrer Kunden erteilten. Eine gesetzliche Ausnahme der Kreditauskünfte vom Bankgeheimnis würde dieses aber in einem so weiten Maß durchbrechen, daß eine Regelung der Materie nicht mehr gerecht-

12 Vgl. z. B. Art. VII des Gesetzes über die Berücksichtigung der Geldentwertung in den Steuergesetzen vom 20. März 1923 (RGBl. 198) und § 17 Abs. 2 des Pachtkreditgesetzes vom 5. August 1951 (BGBl. I 492).

13 Vgl. RG, B. vom 10. Dezember 1902, RGZ 53, 168 (169); OLG Köln, B. vom 13. 7. 1968, Der Betrieb 1968, S. 1533.

14 Diese Berufe wurden von der Rechtsprechung dazu gerechnet, vgl. *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, Kommentar, 29. Aufl., München 1968, § 383, Anm. 3 B; *Wieczorek*, ZPO, Kommentar, Berlin 1957, Bd. II, Teil 2, § 383, Anm. C III und *Stein/Jonas/Schönkel/Pohle*, ZPO, Kommentar, 18. Aufl., Tübingen 1960, Bd. 1, § 383, Anm. III.

fertigt wäre. Es sei nicht zu begründen, das Bankgeheimnis zwar gegenüber den Steuerbehörden, nicht aber gegenüber den Kreditinstituten zu konstituieren, denn das öffentliche Interesse an einer gerechten Besteuerung könne nicht geringer veranschlagt werden als das durchaus anerkennenswerte Interesse der Kreditinstitute an einer genauen Kenntnis der Verhältnisse ihrer Kreditnehmer¹⁵.

2. An dieser Argumentation interessiert vorläufig nur die Bezugnahme auf das Gewohnheitsrecht. Ließe sich das Bankgeheimnis als gewohnheitsrechtlich anerkanntes Rechtsinstitut nachweisen, dann wäre die gesuchte Rechtsgrundlage gefunden, denn das Gewohnheitsrecht steht als selbständige Rechtsquelle neben dem Gesetzesrecht.

Die Bildung von Gewohnheitsrecht setzt die allgemeine, gleichmäßige und langandauernde Übung der Beteiligten und deren Überzeugung voraus, daß das Geübte Recht sein soll. Eine derartige Gewohnheit wird erst dann zur Rechtsquelle, wenn sie in einem verpflichtenden oder berechtigenden (ungeschriebenen) Rechtssatz formulierbar ist¹⁶. Bestritten ist, ob die Verbindlichkeit des Gewohnheitsrechts von einer staatlichen Gestattung abhängig ist oder nicht. Zwar wird von den Gegnern der sogenannten Gestattungstheorie zutreffend darauf hingewiesen, daß historisch der Staat nicht die einzige Quelle des Rechts darstellt. „Sie verkennen aber andererseits, daß der moderne Staat sich die unbestreitbare Befugnis vorbehalten hat, eine von seinen Organen mißbilligte Gewohnheit zu unterdrücken und ihr damit den Erwerb der Rechtsqualität zu versagen. Das Gewohnheitsrecht ist daher zumindest von der Duldung durch den Staat abhängig¹⁷.“ Von diesem Ausgangspunkt her läßt sich die Existenz eines gewohnheitsrechtlich umfassend geschützten Bankgeheimnisses, das auch einem staatlichen Eingriff standhalten könnte, nicht beweisen. Die Geschichte des Bankgeheimnisses ist durch vielfältige, gesetzlich geregelte Auskunftspflichten geprägt. Es mag der Hinweis genügen, daß die Reichsabgabenordnung in den Jahren 1919 bis 1923¹⁸ die Banken verpflichtete, ihrem zuständigen Finanzamt turnusmäßig Kundenlisten einzureichen, und daß die im Jahre 1930 eingeführte

15 Vgl. *Schorf*, Der Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen, WM Sonderbeilage 2/1959 vom 28. Februar 1959, S. 14.

16 So die h. M. Vgl. z. B. *Hans J. Wolff*, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., München 1968, § 25 III a mit weiteren Nachweisen.

17 So richtig *Friauf*, Gewohnheitsrecht, Ev. Staatslexikon, Stuttgart, Berlin, 1966, Sp. 686. Gegen ein staatliches Rechtserzeugungsmonopol *Emeccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. 1, 15. Aufl., Tübingen 1959, S. 263.

18 Vgl. die Fassung der §§ 189 ff.; 177 ff. der AO vom 13. Dezember 1919 (RGBl. 1993) und Art. VII des Gesetzes über die Berücksichtigung der Geldentwertung in den Steuergesetzen vom 20. März 1923 (RGBl. I 198) durch dessen § 1 die in § 189 AO geregelte Einreichung von Kundenverzeichnissen gestrichen wurde.

allgemeine Steueraufsicht¹⁹ neue und erhebliche Eingriffsmöglichkeiten schuf. Wenn *Sichtermann* und die ihm folgenden Autoren das Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht ansehen, weil ein entsprechender Rechtsgeltungswillen der Beteiligten, nämlich der Banken und ihrer Kunden, „seit alters her“ vorhanden gewesen sei²⁰, dann übersehen sie schlicht den wichtigsten Partner, nämlich den Staat. Die Entstehung von Gewohnheitsrecht setzt die lang andauernde unbestrittene Rechtsüberzeugung und Rechtspraxis *aller* Beteiligten voraus. Die stillschweigende Unterschlagung des Staates durch die genannten Autoren mag zwar im Hinblick auf die erwähnten Gruppeninteressen oder Verbandsideologien verständlich sein, rechtlich sauber ist sie nicht.

3. Die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung²¹ und Rechtslehre²² sieht daher auch nur die vertraglichen und vorvertraglichen²³ Beziehungen zwischen Kreditinstitut und Kunden als die Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses an. „Die Geheimhaltungspflicht der Bank beruht rechtlich nicht

19 Die AO von 1919 hatte nur einzelne Vorschriften über die Steueraufsicht zusammengestellt. Die allgemeine Steueraufsicht wurde erst durch die Notverordnung vom 1. Dezember 1930 (RGBl. I S. 517) eingeführt. Vgl. *Kruse*, Steuerrecht, I. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München 1969, S. 223.

20 *Sichtermann* aaO. Anm. 5 beruft sich auf *Schorck*, *Schmeißer*, *Feuerherdt* und *Werbahn*, *Schinnerer* und *Wohlfarth*. Die Behauptung *Sichtermanns* (aaO, S. 44), gerade in der neueren Literatur werde „nicht selten“ die Ansicht vertreten, das Bankgeheimnis sei Gewohnheitsrecht geworden, könnte den Eindruck entstehen lassen, das Bankgeheimnis werde zunehmend als gewohnheitsrechtliches Institut anerkannt. Dem ist nicht so. In der jüngsten Literatur werden fast ausschließlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht und der Bankvertrag als mögliche Rechtsgrundlagen diskutiert, während das Gewohnheitsrecht nur am Rande oder überhaupt nicht erwähnt wird. Vgl. u. a. *Jürgen Wolff*, Bankgeheimnis und Kreditauskunft, Die Aktiengesellschaft 1968, S. 286 ff.; *ders.*, Die Geheimhaltungspflicht der Banken, Der Betrieb 1968, S. 695 ff.; *Biedermann*, Das Bankgeheimnis, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1970, S. 61 ff.; *Irmer*, Die Auskunftspflicht der Banken im Besteuerungs- und Strafverfahren, Die Information über Steuer und Wirtschaft 1970, S. 129 ff.; *Lohmeyer*, Das Bankgeheimnis und seine Durchbrechungen im Steuerrecht, Juristische Rundschau 1970, S. 248 und *Schönle*, Bank- und Börsenrecht, München 1971, S. 35 ff.

21 RG, U. vom 22. Oktober 1926, RGZ 126, 50; RG, U. vom 12. Dezember 1932, RGZ 139, 103; BGH, U. vom 26. Oktober 1953, Betriebs-Berater 1953, S. 993; BGH, U. vom 12. Mai 1958, BGHZ 27, 241.

22 Vgl. *Sichtermann*, aaO. Anm. 5 und die dort auf S. 94 in Anm. 7 angegebene Literatur. Vgl. außerdem *Jürgen Wolff*, aaO. Anm. 20, S. 286; *ders.*, aaO. Anm. 20, S. 695; *Biedermann*, aaO. Anm. 20, S. 61; *Irmer*, aaO. Anm. 20, S. 129; *Lohmeyer*, aaO. Anm. 20, S. 248; *Schönle*, aaO. Anm. 20, S. 36 und *Eisner*, Das Bankgeheimnis im deutsch-amerikanischen Handelsverkehr, WM 1969, S. 697.

23 Die Verschwiegenheitspflicht besteht auch *nach* Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter, vgl. BGH, U. vom 26. Oktober 1953, Betriebs-Berater 1953, S. 993.

auf Gesetz, sondern auf vertraglichen (oder vorvertraglichen) Beziehungen zur Bank. Sie ist seit langem als selbstverständlicher Bestandteil des Bankvertrages allgemein anerkannt“, so hat der Bundesgerichtshof formuliert²⁴. Die Geheimhaltungspflicht wird in den Bankverträgen, die nichts anderes sind als eine Zusammenfassung der auf Dauer angelegten vielfältigen Beziehungen zwischen Bank und Kunden, zumeist nicht ausdrücklich festgelegt. Auch in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, die Bestandteil der Verträge sind, wird sie nicht erwähnt. Die Natur der Bankgeschäfte, die den Banken weitgehende Einblicke in die wirtschaftliche und persönliche Lage ihrer Kunden gewähren, macht dies überflüssig, weil sich die Verschwiegenheitspflicht als Nebenpflicht des Bankiers auch ohne ausdrückliche Regelung aus dem jeweiligen Vertrag ergibt. Dieses Ergebnis ist eindeutig durch eine herkömmliche Vertragsinterpretation zu gewinnen und wird von Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt²⁵. Neben diese vertragliche Pflicht tritt bei den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten vielfach eine gesetzlich geregelte Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit. Hinzuweisen ist hier u. a. auf das Bundesbankgesetz²⁶ und auf die Sparkassengesetze und -verordnungen der Länder²⁷. Amtsgeheimnis und Bankgeheimnis bestehen unabhängig voneinander. Selbst wenn der Dienstherr den Beamten von der Amtsverschwiegenheit entbunden hat (§§ 376 ZPO, § 54 StPO, §§ 61, 62 BBG), besteht die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses gegenüber dem Bankkunden weiter. Nur der Bankkunde kann die privatrechtliche Verpflichtung aufheben²⁸. Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht sind alle Tatsachen, die der Kunde geheimzuhalten wünscht²⁹.

III.

An dieser Stelle ist nun zu fragen, ob das Bankgeheimnis durch die banküblichen Kreditauskünfte so weitgehend durchlöchert wird, daß sich damit das Problem des Bankgeheimnisses von selbst löst, nämlich deshalb, weil es kein Bankgeheimnis gibt. Letzteres wurde von *Klaas* und *Petzel*³⁰ behauptet. Kreditinstitute seien nicht verschwiegen und wollten es auch gar nicht sein. Auskunfteien, Banken und deren Kunden tauschten unbeschränkt Wirt-

24 BGH, aaO. Anm. 23, S. 993.

25 Nachweise vorne Anm. 21 und 22.

26 § 32 BBankG vom 26. Juli 1957 (BGBl. I S. 745).

27 § 24 Sparkassengesetz von Nordrhein-Westfalen vom 7. Januar 1958 (GVBl. S. 5); § 19 Saarländisches Sparkassengesetz vom 17. Dezember 1964 (Amtsblatt des Saarlandes 1965, S. 21) u. a. m.

28 Vgl. *Schönle*, aaO. Anm. 20, S. 36.

29 BGH, U. vom 12. Mai 1958, BGHZ 27, 241.

30 AaO. Anm. 1, S. 4.

schaftsnachrichten aus, unter denen die Bankauskünfte den bedeutendsten Platz einnehmen.

In der Tat läßt sich die Verschwiegenheitspflicht der Banken mit den über ihre Kunden erteilten Auskünften dogmatisch nur schwer und nur durch eine sorgfältige Analyse des Parteiwillens in Einklang bringen. Aus der Begründung des Bankgeheimnisses im Vertragsrecht folgt, daß die Bank nur insoweit Auskunft erteilen darf, als sie das Einverständnis des Kunden hat oder jedenfalls voraussetzen kann. Dies wird bei günstigen Vermögensverhältnissen und bei Kaufleuten im allgemeinen der Fall sein. Die Erlaubnis zur Auskunftserteilung über ihn selbst gibt der Kunde regelmäßig mit dem Anerkenntnis der AGB. Deren Präambel vor Nr. 1 bestimmt, daß die Bank „das Interesse des Kunden wahrt, soweit sie dazu im Einzelfall imstande ist“. Nach Nr. 10 AGB steht die Bank „dem Kunden nach bestem Wissen zu allen bankmäßigen Auskünften und Raterteilungen zur Verfügung“. Unter den „bankmäßigen Auskünften“ sind zweifellos auch Kreditauskünfte zu verstehen, und zwar sowohl an andere Kunden der Bank als auch an Nichtkunden und an andere Banken³¹.

Bei der Auslegung von AGB ist auf die Üblichkeit und Angemessenheit der dort geregelten Bedingungen und auf die Schutzbedürftigkeit des Kunden³² abzustellen; nur insoweit ist der Rückgriff auf die Verkehrssitte legitim wie er von der Rechtsprechung praktiziert wird. Nach einer Formulierung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1916 hatte sich schon damals „die Gepflogenheit herausgebildet, daß die Banken im Interesse ihrer Kunden über sie Auskunft erteilen. Wegen dieser Übung würde... die Ablehnung einer Auskunft für den Kunden höchst nachteilig sein“³³. Diese Gewohnheit wird aber vom wirklichen oder vermuteten Parteiwillen nur insoweit gedeckt, als es sich um eindeutig günstige Auskünfte handelt. Es ist rechtlich nicht zulässig wie *Sichtermann* aus der allgemeinen Überlegung heraus, daß Kreditauskünfte ein durchaus geeignetes Mittel seien, allen beteiligten Wirtschaftskreisen gute Dienste zu leisten, auf die sorgfältige Ermittlung des Parteiwillens zu verzichten und diesen durch eine allgemeine, angeblich internationale Verkehrssitte zu ersetzen³⁴.

Kann keine günstige Auskunft gegeben werden, so ist der Kunde zu befragen, ob die Bank die Erteilung der Auskunft ablehnen, oder ob sie eine wahrheitsgemäße, aber ungünstige Auskunft geben soll. Diese Regel wird

31 So auch *Schönle*, aaO. Anm. 20, S. 43.

32 Vgl. *Lindacher*, Richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Schutzbedürftigkeit des Kunden, Betriebs-Berater 1972, S. 296 ff.

33 RG, U. vom 30. Oktober 1916, BankA 16, 93.

34 *Sichtermann*, aaO. Anm. 5, S. 139 ff.

in der Praxis nicht immer beachtet. Die Auskünfte sind manchmal bis jenseits der Zulässigkeit positiv gefärbt, was trotz des Haftungsausschlusses der Banken schon zu zahlreichen Urteilen geführt hat, in denen diese zum Ersatz des Schadens verurteilt wurden, der dem Anfragenden durch eine zu günstige Auskunft entstanden ist³⁵. Die Situation bei zweifelhaften wirtschaftlichen Verhältnissen ist allerdings für die Bank kaum lösbar: Verweigert sie die Auskunft, oder berichtet sie wahrheitsgemäß, so schadet sie ihrem Kunden; färbt sie die Auskunft zu günstig, so schadet sie möglicherweise dem Anfragenden. In der Praxis behilft man sich mit möglichst allgemein gehaltenen Formulierungen. Bankauskünfte erreichen deshalb manchmal durchaus den Bestimmtheitsgrad delphischer Orakelsprüche. Dem Reichsgericht sind Fälle vorgekommen, in denen das Landgericht und das Oberlandesgericht verschiedener Meinung darüber gewesen waren, ob dem Anfragenden die Kreditgewährung durch die Auskunft empfohlen oder ihm davon abgeraten worden sei³⁶. In unserem Zusammenhang konnte lediglich die Frage interessieren, ob die üblichen Bankauskünfte tatsächlich so limitiert und rechtlich so limitierbar sind, um weiterhin von einem Bankgeheimnis sprechen zu können. Beides ist der Fall, auch wenn im Einzelfall nicht beachtet wird, daß der Kunde Herr des Bankgeheimnisses ist. Dogmatisch ist die Auskunftserteilung allein durch die Ermittlung des Parteiwillens zu bewältigen und nicht durch das beziehungslose Abstellen auf eine irgendwie geartete Verkehrssitte³⁷.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Das Bankgeheimnis in seiner Bedeutung als Schweigepflicht ist ein privatrechtliches Rechtsinstitut, das auf dem jeweiligen bankgeschäftlichen Vertrag beruht und das durch die üblichen Bankauskünfte nicht in Frage gestellt wird. Als Auskunftsverweigerungsrecht ist es im Zivilprozeß wie alle anderen Gewerbegeheimnisse durch

35 Vgl. BGH, U. vom 28. April 1954, BGHZ 13, 198 und BGH, U. vom 7. Juni 1956, Betriebs-Berater 1956, S. 770. Vgl. auch OLG Karlsruhe, U. vom 13. April 1967, WM 1967, S. 1257; BGH, U. vom 29. November 1967, NJW 1968, S. 588; OLG Stuttgart, U. vom 20. März 1968, WM 1968, S. 950; BGH, U. vom 29. März 1971, Betriebs-Berater 1971, S. 888 und BGH, U. vom 14. Mai 1971, WM 1971, S. 206. Die Bank kann auch verpflichtet werden, ihrem Kunden die Auskünfte, die sie über ihn einem Dritten erteilt hat, bekanntzugeben, vgl. OLG Karlsruhe, U. vom 9. April 1970, NJW 1971, S. 1042 ff. Zu den Rechtsgrundlagen der Haftung für Auskünfte vgl. *Gaede*, Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte, Diss. Köln 1970.

36 *Gadow*, Bankauskünfte, Deutsche Justiz 1933, S. 813.

37 Der vorhandene Vertrag muß Ausgangspunkt und Grenze einer auf die Verkehrssitte bezogenen Auslegung bleiben. Weder eine Erweiterung noch eine Einschränkung des Vertragswillens ist zulässig. Vgl. *Palandt*, BGB-Kommentar, 31. Aufl., München 1972, § 157, Anm. 2a.

ein Zeugnisverweigerungsrecht des Geheimnisträgers geschützt. Eine gesetzliche und eine gewohnheitsrechtliche Rechtsgrundlage ließen sich nicht nachweisen.

IV.

1. In die privatrechtliche Beziehung zwischen Bank und Kunde, mit der die Geheimhaltung vereinbart wird, greift der Staat durch zahlreiche Bestimmungen ein, die dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind. Erwähnt seien nur die drei wichtigsten Verfahren: das Steuerermittlungs-, das Steueraufsichts- und das Strafverfahren. Diese Eingriffe sind an der Verfassung zu messen, wenn das Bankgeheimnis ein verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsinstitut ist. Von *Sichtermann* wird dies mit folgender Begründung behauptet³⁸: Literatur und Rechtsprechung erkennen ein allgemeines Persönlichkeitsrecht an, das aus den Artikeln 1 und 2 des GG, also aus der menschlichen Würde und dem Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit folge. Teil dieses allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei die Geheimnisphäre des einzelnen, die damit auch verfassungsrechtlich geschützt sei. Grundrechte, nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar geltendes Recht, schützten nicht nur vor Eingriffen des Staates, sondern auch vor denen jedes Dritten. Der Geheimnisherr, also der Bankkunde, habe daher einen aus dem Grundgesetz herzuleitenden Anspruch darauf, daß die Bank ihre Verschwiegenheitspflicht nicht verletzt und daß kein Dritter in die Bankgeheimnisphäre eingreift.

Dieser Beweisführung liegt ein verfehltes Verfassungsverständnis zugrunde. Unter Verfassung ist ein Gefüge von normativen Sinnprinzipien zu verstehen, dem die Aufgabe zukommt, begründend,weisend und begrenzend die rechtliche Grundordnung des politischen Gemeinwesens zu konstituieren. Im Bereich des Privatrechts wird die Verfassung primär vom Gesetzgeber verwirklicht. Mit anderen Worten: Die Vertragsfreiheit, aufgrund derer zwischen Bank und Kunde die Verschwiegenheitspflicht vereinbart wird, kann sich nur im traditionellen Ordnungsgefüge unseres Zivilrechts entfalten. Es ist einfach nicht zugänglich, jede zivilrechtliche Gestaltungsform, wie z. B. Typenfestlegungen im Recht der Wertpapiere oder den *numerus clausus* der dinglichen Rechte, an der Verfassung zu messen.

Wird das vertraglich vereinbarte Bankgeheimnis verletzt, so steht dem daher kein Anspruch auf Geheimnisbewahrung bzw. Schadensersatz unmittelbar aus dem GG gegenüber, sondern ist ist danach zu fragen, welche

38 *Sichtermann*, aaO. Anm. 5, S. 35 ff.; *ders.*, Das Bankgeheimnis als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, MDR 1965, S. 697 ff.

Sanktionen das Zivilrecht zur Verfügung stellt. Bricht die Bank die Verschwiegenheitspflicht, dann haftet sie ihrem Kunden nach dem BGB aus positiver Forderungsverletzung³⁹. Beinhaltet die Verletzung des Bankgeheimnisses durch die Bank zugleich einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kunden oder in dessen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dann erst stellt sich die Frage einer deliktischen Haftung nach § 823 BGB⁴⁰. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein zivilrechtliches Rechtsinstitut, das aus einer verfassungsrechtlich gebotenen ausweitenden Interpretation des § 823 BGB entwickelt wurde. Vom Standpunkt des BGB stand der Schutz der Sachgüter durchaus im Vordergrund, während der Personenwert des Menschen nur auf Teilgebieten und nur unzureichend geschützt war. Indem die Rechtsprechung ein allgemeines Persönlichkeitsrecht des Menschen anerkannte, zog sie für das Zivilrecht die Folgerungen, die sich aus dem Rang ergeben, die das Grundgesetz der Würde der menschlichen Persönlichkeit und dem Schutz ihrer freien Entfaltung beimißt⁴¹. Die Verletzung der Privatsphäre zwischen Bank und Bankkunde vermag daher die Haftung des § 823 BGB auch ohne unmittelbaren Verfassungsrückgriff auszulösen.

Der behandelten Auffassung, die diesen Fall mit einer unmittelbaren Grundrechtsanwendung lösen will, liegt eine Fehlvorstellung von der Funktion der Grundrechte, oder konkreter: des Problems der Drittwirkung der Grundrechte, zugrunde.

Erst der gesetzlich sanktionierte Eingriff in das Bankgeheimnis wirft unmittelbar die Frage von dessen verfassungsrechtlicher Absicherung auf. Hierzu ist grundsätzlich festzuhalten, daß die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährte freie Entfaltung der Persönlichkeit auch das Recht der Vertragsfreiheit beinhaltet⁴², und damit das Recht, einen Dritten, z. B. den Staat, vom Wissen um den Vertragsinhalt auszuschließen. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit findet allerdings ihre Begrenzung in der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, also in den Rechten anderer, im Sittengesetz und in der verfassungsmäßigen Ordnung. Unter der hier allein interessierenden verfassungsmäßigen Ordnung versteht das Bundesverfassungsgericht die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind⁴³. Diese

39 Näheres bei *Schönle*, aaO. Anm. 20, S. 37.

40 Vgl. *Kreutzer*, Bankgeheimnis und Auskunftspflicht unter besonderer Berücksichtigung der rechtlichen Grundlagen, Diss. Würzburg 1956, S. 28 ff.

41 Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht vgl. *Palandt*, aaO. Anm. 37, § 823, Anm. 15.

42 BVerfGE 8, 328; 9, 11; 10, 99; 12, 347; 25, 407.

43 BVerfGE 6, 32.

Meinung, die zwar nicht unbestritten ist⁴⁴, gegen die aber noch keine wirklich überzeugende Alternative entwickelt wurde, führt zwangsläufig zu einer weitgehenden Einschränkung der umfassenden Handlungsfreiheit durch den Gesetzgeber, sichert aber doch dem einzelnen Bürger einen letzten unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist. In diesen letzten Bereich würde wohl auch durch sehr weitgehende Auskunftspflichten Dritter nicht eingegriffen, ebenso wenig wie in die durch das GG geschützte menschliche Würde. Dies wird bei der nun folgenden Erörterung der einzelnen staatlichen Eingriffsmöglichkeiten in das Bankgeheimnis im Blick zu behalten sein.

2. Die praktisch bedeutsamste Durchbrechung des Bankgeheimnisses erfolgt im Steuerermittlungsverfahren. Nach § 204 Abs. 1 AO haben die Finanzämter die steuerpflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die rechtlichen und die tatsächlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Steuerpflicht und die Bemessung der Steuer wesentlich sind. Im Rahmen des Steuerermittlungsverfahrens können nach § 175 AO auch von Dritten, die an dem Verfahren nicht als Steuerpflichtige beteiligt sind, Auskünfte über Tatsachen verlangt werden, die für die Feststellung der Steuerpflicht und für die Bemessung der Steuer von Bedeutung sind. Wer nicht aus dem Gedächtnis Auskunft geben kann, hat Schriftstücke und Geschäftsbücher, die ihm zur Verfügung stehen, einzusehen und, soweit nötig, Aufzeichnungen daraus zu entnehmen. Nach § 175 Abs. 2 AO soll die Auskunft soweit dies durchführbar ist und nicht aus besonderen Gründen Abweichungen geboten sind, schriftlich erbeten und erteilt werden, das Finanzamt kann jedoch das Erscheinen des Auskunftspflichtigen anordnen. Bezieht sich die Ermittlung des Finanzamtes auf bestimmt zu bezeichnende Rechtsvorgänge, hat der auskunftspflichtige Dritte auf Verlangen Urkunden, Schriftstücke und die einschlägigen Stellen seiner Geschäftsbücher zur Einsicht vorzulegen. In diesem Fall hat die Bank auch Wertsachen vorzulegen, die sie für ihren steuerpflichtigen Kunden verwahrt, und sie muß Einsicht in dessen Schließfach gewähren (§ 183 AO). Bei Gefahr im Verzuge oder wenn es erforderlich ist, um die Wahrheit zu ermitteln, kann das Finanzamt der Bank vorschreiben, dem Steuerpflichtigen während angemessen kurzer Frist nur unter Zuzie-

44 Vgl. *Walter Schmidt*, Die Freiheit vor dem Gesetz. Zur Auslegung des Art. 2 Abs. I des GG, AöR, Bd. 91, 1966, S. 42 ff.; *Ernst Hesse*, Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 I GG bei der Verwirklichung einer „verfassungsmäßigen Ordnung“, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 75, Berlin 1968 und *Hans H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 18, Stuttgart, Berlin u. a. 1968, S. 110 ff. mit Nachweisen.

hung eines vom Finanzamt zu bezeichnenden Beamten Zutritt zum Schließfach zu gewähren oder ein Depot auzuhändigen (§ 209 Abs. 1 S. 2 AO)⁴⁵.

Die weitgehenden Befugnisse der Finanzbehörden werden aber durch § 209 Abs. 1 S. 1 AO begrenzt. Danach sollen Dritte erst dann zu einer Auskunft und zur Vorlage von Unterlagen angehalten werden, wenn die Verhandlungen mit dem Steuerpflichtigen nicht zum Ziel geführt haben oder keinen Erfolg versprechen. Das Auskunftsverlangen an den Dritten ist demnach nur subsidiärer Natur. § 209 AO gibt dem Dritten eine Rechtsgarantie auf Einhaltung der Erstbefragungspflicht des Steuerpflichtigen. Zwar wurde neuerdings behauptet, die Auskunftspflicht der Banken stünde unter der *ratio legis*, wonach ein Steuerpflichtiger, der sich für seine Geschäfte der Leistung einer Bank bediene, nicht besser gestellt werden könne als ein Steuerpflichtiger, der auf diese Mitwirkung verzichte⁴⁶. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß § 209 AO ganz eindeutig zum Schutze des Dritten geschaffen worden ist. Ihm sollten Mühe und Unannehmlichkeiten erspart werden⁴⁷. Gleichzeitig kommt die Vorschrift aber auch dem Steuerpflichtigen selbst zugute, denn dieser ist daran interessiert, daß andere nichts über seine steuerlichen Verhältnisse erfahren, was sich bei einer Anhörung Dritter häufig nicht vermeiden läßt⁴⁸. Die Rechtsprechung hat daher zu Recht § 209 AO nicht nur als innerdienstliche Ordnungsvorschrift, sondern als eine im Rechtsweg nachprüfbare Schutznorm aufgefaßt⁴⁹. Daraus folgt, daß ein Finanzamt, das mit einem Auskunftsersuchen an eine Bank herantritt, einem Begründungszwang unterliegt. Es muß der angefragten Bank darstellen, daß die Verhandlungen mit dem Steuerpflichtigen nicht zum Ziel geführt

45 Näheres bei *Kümpel*, Auskunft über den Inhalt von Schrankfächern oder Verwahrstücken und Entschädigungspflichten der Finanzverwaltung, Bank-Betrieb 1968, S. 363 ff.

46 So *Irmer*, aaO. Anm. 20, S. 129.

47 Anlaß zur Aufnahme des § 209 Abs. 1 AO waren die Wünsche, die im Reichsfinanzministerium bei einer Besprechung von Vertretern der Großbanken und des Bankiergewerbes geäußert wurden. Vgl. *Becker*, Die Reichsabgabenordnung, 7. Aufl., Berlin 1930, § 209, Anm. 1.

48 So *Tipke/Kruse*, AO, Kommentar, 2.—4. Aufl., Stand Juli 1971, Köln 1971, § 209, Anm. 1.

49 RFH, U. vom 18. Dezember 1920, RFH 4, 234; RFH, U. vom 22. Dezember 1920, RFH 4, 265; RFH, U. vom 24. November 1921, RFH 7, 232 und RFH, U. vom 4. Dezember 1931, RFH 30, 41. Liegen die Voraussetzungen des § 209 Abs. 1 S. 1 AO vor (Ermittlung von Steueransprüchen gegen bestimmte Personen; die Verhandlungen mit den Steuerpflichtigen führen nicht zum Ziel bzw. versprechen keinen Erfolg), dann erst *sollen* andere Personen bemüht werden. Dem Finanzamt bleibt also in bezug auf die Beanspruchung anderer Personen als der des Steuerpflichtigen ein Spielraum, der von den Gerichten im üblichen Umfang nachprüfbar ist.

50 Nachweise bei *Tipke/Kruse*, aaO. Anm. 48, § 209, Anm. 1.

haben oder keinen Erfolg versprechen⁵⁰. Eine abstrakte Formulierung etwa wie „die Voraussetzungen des § 209 AO sind gegeben“, genügt nicht⁵¹. In der Praxis wird dies zumeist nicht berücksichtigt, was den Finanzämtern dadurch erleichtert wird, daß sich die befragten Banken nicht auf die Einhaltung der Begründungspflicht zu berufen pflegen. Man versucht dies damit zu erklären, daß Auskunftspflichtige heute ein besseres Gefühl als zur Zeit der Erschaffung der Abgabenordnung dafür hätten, daß Auskünfte an Finanzämter zu den Staatsbürgerpflichten gehörten⁵². Aber der Verzicht auf das in § 209 AO gewährte Recht ist wohl eher auf die fehlende Kenntnis der Rechtslage und auf eine gewisse Resignation gegenüber dem Totalitätsanspruch der Bürokratie zurückzuführen als auf eine veränderte staatsbürgerliche Gesinnung.

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist die gesetzliche Regelung der Auskunftspflicht der Banken im Steuerermittlungsverfahren nicht zu beanstanden.

3. Rechtlich komplizierter ist die Situation im Steueraufsichtsverfahren. Nach § 201 Abs. 1 AO haben die Finanzämter „darüber zu wachen, ob durch Steuerflucht oder in sonstiger Weise zu Unrecht Steuereinnahmen verkürzt werden“. Diese Tätigkeit der Finanzverwaltung wird vom Gesetzgeber als „Steueraufsicht“ (§ 201 Abs. 2 AO) bezeichnet.

Die Steueraufsicht, zunächst auf Verbrauchssteuern beschränkt, dann auf Umsatz- und andere Steuern ausgedehnt, wurde erst durch die Notverordnung vom 1. Dezember 1930⁵³ eingeführt. Mit § 201 AO werden nicht bestimmte einzelne Personen, sondern alle Steuerpflichtigen einer allgemeinen Steueraufsicht unterstellt. Hauptbefugnis der Finanzämter zur Bekämpfung von Steuerverkürzungen ist nach den Abs. 2 und 3 des § 201 AO das Verlangen von eidesstattlichen Versicherungen. Anders als im Steuerermittlungsverfahren besteht bei Wahrnehmung der Steueraufsicht für die Finanzämter keine Pflicht zur Erstbefragung des Steuerpflichtigen vor der Auskunftseinholung bei einem Dritten. § 209 AO findet also keine Anwendung. Die Finanzämter sind aber durch den sogenannten Bankenerlaß der ehemaligen Verwaltung der Finanzen des Vereinigten Wirtschaftsgebiets vom 2. 8. 1949⁵⁴ dazu verpflichtet worden, auch im Steueraufsichtsverfahren § 209 AO gegenüber Kreditinstituten anzuwenden. Sie dürfen also erst dann befragt werden, wenn die Verhandlungen mit dem Steuerpflichtigen nicht zum Ziel geführt haben bzw. keinen Erfolg versprechen. Der Sinn des Erlasses, der von den Finanzämtern auch heute noch beachtet wird, war es,

51 Vgl. RFH, U. vom 17. November 1926, RFH 20, 50.

52 So *Tipke/Kruse*, aaO. Anm. 48, § 209, Anm. 3.

53 RGBl. I S. 517.

54 III S. 1171—23/49. Abgedruckt bei *Sichtermann*, aaO. Anm. 5, S. 274 f.

Störungen des Geldumlaufs und Kapitalmarkts im Interesse des Wiederaufbaus der deutschen Wirtschaft zu vermeiden⁵⁵. Die rechtspolitische Frage, ob die geld- und kapitalmarktwirtschaftlichen Grundlagen dieses Erlasses heute noch fortbestehen, mag dahingestellt bleiben; die rechtliche Konstruktion ist jedenfalls nicht haltbar. Sie verstößt eindeutig gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in seiner Erscheinungsform als Vorrang des Gesetzes. Danach geht das Gesetz jeder anderen staatlichen Willensäußerung vor. Es ist nicht zulässig, durch eine Verwaltungsanweisung die Anwendung einer gesetzlichen Regelung auszuschließen, auch wenn dies zugunsten der Betroffenen geschieht. Banken sind demnach im Steueraufsichtsverfahren auskunftspflichtig, ohne die Einhaltung des Prinzips der Erstbefragung des Steuerpflichtigen geltend machen zu können⁵⁶.

Auch wird dieses Ergebnis nicht durch die Verfassungswidrigkeit von § 201 Abs. 1 AO in Frage gestellt. Zwar sind verfassungsrechtliche Zweifel an dieser Bestimmung durchaus angebracht. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgen bestimmte Anforderungen an die Bestimmtheit von Gesetzen, denen § 201 AO nur mit Mühe genügt. Normen müssen nämlich in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so formuliert sein, daß die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können⁵⁷. Dies kann für § 201 Abs. 1 AO nur dann angenommen werden, wenn er im Wege verfassungskonformer Auslegung konkretisiert wird, wie

55 So die Einführung des Bankenerlasses aaO., S. 274. Zu Detailfragen der Anwendung des Bankenerlasses vgl. *Subr*, Zweifelsfragen zum steuerlichen Bankgeheimnis, Die steuerliche Betriebsprüfung 1967, S. 52 ff.

56 A. A. *Sichtermann*, aaO. Anm. 5, S. 266, der bei Verstößen der Finanzämter gegen den Bankenerlaß „mindestens eine Dienstaufsichtsbeschwerde“ zulassen will. Wie *Sichtermann* auch *Lohmeyer*, aaO. Anm. 20, S. 251 ohne nähere Begründung. Von den meisten Autoren wird das Problem übersehen. Vgl. die in Anm. 20 Genannten und *Nebelung*, Drei Fragen zum Thema Bankgeheimnis, Betriebs-Berater 1953, S. 782.

57 BVerfGE 21, 79; vgl. auch BVerfGE 20, 158 f.; 21, 261; 27, 8.

58 Vgl. *Hensel*, Die Auskunftspflichten Dritter (insbesondere der Bankinstitute) im Rahmen des § 201 AO (n. F.), StuW 1932, S. 1349 ff.; *Paulick*, Die Auskunftspflicht der Steuerpflichtigen und dritter Personen im Steuerermittlungs-, Steueraufsichts- und Steuerstrafverfahren und ihre rechtsstaatlichen Grenzen, in: Festschrift für Spitaler, Köln 1958, S. 53 ff. (S. 80 ff.); *Vogel*, Grenzen der „allgemeinen Steueraufsicht“, in: Vom Rechtsschutz im Steuerrecht, hrsg. von Felix, Düsseldorf 1960, S. 199 ff.; *Tipke*, Die allgemeine Steueraufsicht, Finanz-Rundschau 1962, S. 152 ff. (S. 154 ff.) und *Tipke/Kruse*, aaO. Anm. 48, § 201, Anm. 2—4. Bei *Tipke, Kruse* (aaO. Anm. 48) findet sich die knappste Zusammenfassung für die verfassungsrechtliche Haltbarkeit von § 201: „Aus der Aufgabenstellung, den ihr immanenten Voraussetzungen und den enumerierten Befugnissen ergibt sich hinreichend, mit welcher Tendenz, in welchen Fällen und mit welcher Intensität das Finanzamt eingreifen darf.“

dies von Literatur⁵⁸ und Rechtsprechung⁵⁹ unternommen wurde. Dieses Unterfangen ist legitim, weil es sich weder mit dem Wortlaut noch dem Sinn des Gesetzes in Widerspruch setzt⁶⁰ und weil Normen, die Auslegungen zulassen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, verfassungskonform auszulegen sind⁶¹. Einen gewissen Abschluß der zahlreichen Bemühungen, die allgemeine Steueraufsicht des § 201 Abs. 1 AO verfassungsrechtlich zu halten, bildet der Beschluß des Großen Senats des BFH vom 13. Februar 1968⁶². Dort wird unter Zusammenfassung der bisherigen Erörterungen betont, daß eine schrankenlose, von einem begründeten Anlaß unabhängig ausgeübte Steueraufsicht dem Verfassungsgrundsatz der Rechtsstaatlichkeit widerspräche. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 201 AO könne demnach nur davon ausgehen, daß Schranken bestehen. Der BFH sieht sie darin, daß Finanzämter auf Grund von § 201 AO Steueraufsichtsmaßnahmen nur ergreifen dürfen, wenn „ein begründeter Anlaß zum Tätigwerden besteht, wenn auf Grund konkreter Momente oder auf Grund allgemeiner Erfahrung eine Anordnung bestimmter Art geboten ist“⁶³. Der BFH, der damit an eine von *Hensel*⁶⁴ bereits im Jahr 1932 aufgestellte Forderung (das Finanzamt dürfe nicht ins Blaue hinein ermitteln) und an die ältere Ansicht des RFH⁶⁵ anknüpfen konnte, hat mit dieser Rechtsprechung eine richtige, keineswegs aber eine sehr befriedigende Lösung gefunden. Ein gewisses Unbehagen bleibt angesichts einer Norm, deren Vagheit in ihrer Geschichte zu so unterschiedlichen Interpretationen Anlaß geboten hat.

Hinzu kommt folgendes: Das Nebeneinander von Steuerermittlungs- und

59 Unter Einfluß von *Hensel*, aaO. Anm. 58, hatte der RFH ursprünglich gefordert, das Finanzamt müsse einen begründeten Anhalt für Steuerverkürzungen haben, wenn es nach § 201 AO vorgehen wolle; die Annahme, daß schließlich „jeder irgendwie Dreck am Stecken“ habe, reiche nicht aus (RFH, Gutachten vom 20. Mai 1933, RFH GrS 33, 248 [257]). Der RFH änderte im Jahr 1939 seine Rechtsprechung und gab das Erfordernis des begründeten Anlasses für die Ausübung der Steueraufsicht ausdrücklich auf (RFH, U. vom 24. April 1936, RFH 39, 228 [230 ff.]). Dieser eindeutig nationalsozialistisch inspirierten Rechtsprechung folgte trotz heftiger Kritik der BFH zunächst (BFH, U. vom 7. Februar 1952, BFH 56, 122 [123 f.]; BFH, U. vom 1. Juli 1959, BFH 69, 409 [412 ff.]), bis er sie mit B. des Großen Senats vom 13. Februar 1968 (BFH 91, 351) endgültig aufgab. Diese Rechtsprechung ist häufig nachgezeichnet worden, vgl. statt vieler *Tipke/Kruse*, aaO. Anm. 48, § 201, Anm. 2.

60 Jede verfassungskonforme Auslegung findet an Wortlaut und Sinn eine Grenze. Vgl. BVerfGE 18, 111 unter Hinweis auf BVerfGE 8, 34.

61 BVerfGE 19, 5.

62 AaO. Anm. 59.

63 BFH 91, 351 (360).

64 AaO. Anm. 59.

65 AaO. Anm. 59.

Steueraufsichtsverfahren läßt in der Praxis die vom Gesetzgeber bewußt geschaffenen Grenzen zwischen beiden Verfahrensarten völlig verwischen. Die systematische Unterscheidung zwischen den Befugnissen der Finanzämter wie sie die AO vorsieht, ist in Wirklichkeit gegenstandslos geworden⁶⁶. Es ist daher zu begrüßen, daß in der neuen Abgabenordnung die Unterscheidung der beiden Verfahrensarten aufgegeben wird⁶⁷.

4. Am stärksten, wenngleich in der Praxis nicht am häufigsten, wird das Bankgeheimnis im Strafverfahren wegen der dort gegebenen Zwangsmittel durchbrochen. Wie bereits erwähnt, gibt die Strafprozeßordnung den Angehörigen bestimmter Berufsgruppen das Recht, über Berufsgeheimnisse das Zeugnis zu verweigern (§ 53 StPO). Die Banken fallen nicht darunter. Eine Analogie ist wegen der erschöpfenden Aufzählung der privilegierten Personen nicht möglich. Der staatliche Strafverfolgungsanspruch hat demnach gegenüber dem Interesse der Kreditinstitute an der Wahrung des Bankgeheimnisses Vorrang. Verfassungsrechtlich ist dies nicht zu beanstanden. Die Begrenzung der Aufhebung des Bankgeheimnisses im Strafverfahren ist wegen der sorgfältigen gesetzlichen Durchnormierung der Eingriffsmöglichkeiten gewährleistet. Seit Aufhebung der Strafbefugnis der Finanzbehörden durch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1967⁶⁸ und seit der darauf erfolgten Änderung der Abgabenordnung⁶⁹, hat die Finanzverwaltung im Strafverfahren nur noch die Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren (§ 433 AO)⁷⁰. Sie darf zwar gemäß § 161 StPO direkt Auskünfte von Behörden, nicht mehr jedoch von Dritten verlangen. Will sie Dritte in Anspruch nehmen, dann muß sie einen entsprechenden

66 Werner Müller kommt in seiner Dissertation „Die Unterscheidung zwischen den Befugnissen des Finanzamts im Steuerermittlungsverfahren und im Steueraufsichtsverfahren“, Göttingen 1964, zum Ergebnis: „Im steuerlichen Auskunftsrecht überschneiden sich Steuerermittlung und Steueraufsicht vollständig“ (S. 130).

67 Vgl. den Gesetzentwurf der Regierung, BT-Drucksache VI/1982.

68 BVerfGE 22, 49 (81).

69 Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften der Reichsabgabenordnung und anderer Gesetze vom 10. August 1967 (BGBl. I 877).

70 Dies wird von Wolff, aaO. Anm. 20, verkannt, wenn er meint, die Banken seien im Steuerstrafverfahren gegenüber den Finanzämtern auskunftspflichtig geblieben. Wolff übersieht, daß § 428 AO, wonach die Befugnisse der Finanzämter im Besteuerungsverfahren durch ein Strafverfahren nicht berührt werden sollen, keine Verweisungs-, sondern eine Kollisionsnorm ist (Der Betrieb 1968, S. 699). Gegen Wolff vgl. auch Rössler, Bankgeheimnis und Auskunftspflicht der Kreditinstitute gegenüber den Finanzverwaltungsbehörden, NJW 1968, S. 1999 und Obermüller, Auskunftsersuchen der Finanzämter in Steuerangelegenheiten, Bank-Betrieb 1968, S. 101. Obermüller kann sich auf eine Entscheidung des LG Hamburg vom 20. Februar 1968 (Az. 132 d GS 4167 [67]) berufen.

Gerichtsbeschluss erwirken. Die Bank ist demnach zur Aussage als Zeuge nur noch vor dem Richter verpflichtet, nicht aber vor den Ermittlungsbehörden⁷¹. Der bankgeschäftliche Vertrag mit ihren Kunden verpflichtet sie sogar, von ihrem Aussageverweigerungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft Gebrauch zu machen. Hierin ist keine „Rechtsfeindlichkeit“ zu sehen, sondern die Inanspruchnahme einer den Kreditinstituten gesetzlich gewährte Möglichkeit, die Pflichtenkollision zwischen staatlichem und Kundeninteresse zugunsten des Kunden zu entscheiden.

Die richterlichen Befugnisse gegenüber Banken im Strafverfahren sind die üblichen der StPO. Der Richter kann Durchsuchungen und Beschlagnahmen anordnen, und er kann das Verlangen auf Herausgabe gemäß § 95 Abs. 2 StPO mit Zwangsmitteln durchsetzen.

C.

Insgesamt gesehen entsprechen die Durchbrechungen des Bankgeheimnisses im Strafprozeß der Verfassung. Sie sind auch ausreichend, um dem staatlichen Strafanspruch Schlagkraft zu verleihen. Die viel beklagte unzulängliche Bekämpfung von Wirtschaftsverbrechen in der BRD ist insoweit weniger auf die beschränkten gesetzlichen Möglichkeiten zurückzuführen⁷², sondern auf die mangelhafte Schulung deutscher Juristen in wirtschaftlichen

71 Das LG Hof hat in einer Entscheidung vom 23. Oktober 1967 (NJW 1968, S. 65 mit Anm. R. Müller) zu Recht darauf hingewiesen, daß sachdienliche Erklärungen der als Zeugen in Betracht kommenden Banksachbearbeiter im Weigerungsfall nur durch *richterliche* Vernehmung nach Maßgabe der §§ 162, 48 ff. StPO erzwungen werden können und nicht etwa durch die richterliche Anordnung, sich der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder dem Ermittlungsrichter gegenüber schriftlich zu erklären. A. A. sind das LG Frankfurt (B. vom 25. November 1953, NJW 1954, S. 688 mit Anm. *Sichtermann*) und *Sichtermann* (Strafverfahren und Bankgeheimnis, NJW 1968, S. 1997), die meinen, eine richterliche Untersuchungshandlung im Sinne von § 162 StPO könne auch die Anordnung der Erteilung einer Auskunft an das Gericht sein. Das LG und *Sichtermann* übersehen, daß nach § 162 StPO die Untersuchungshandlung *gesetzlich* zulässig sein muß, jede richterliche Vernehmung aber in der Abgabe mündlicher Erklärungen besteht, vgl. Müller, Sax, Kommentar zur StPO, 6. Aufl., Darmstadt 1966, § 69, Anm. 1 k.

72 Ähnlich *Tiedemann* (Wirtschaftsgesetzgebung und Wirtschaftskriminalität, NJW 1972, S. 657 ff. [S. 665]), der meint, daß bereits eine den bestehenden gesetzlichen Vorschriften entsprechende Bankpraxis einen nachhaltigen Beitrag zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität leisten würde. Soweit diese Behauptung den Vorwurf gesetzwidrigen Handelns der Banken einschließt, bleibt sie allerdings unbegründet.

Fragen, auf die vernachlässigte Einrichtung von Sonderdezernaten bei den Staatsanwaltschaften und schließlich auch auf Kompetenzschwierigkeiten.

Neben den drei wichtigsten Verfahrensarten, in denen das Bankgeheimnis aufgedeckt werden kann, finden sich in einer ganzen Reihe von Gesetzen verstreut, weitere Durchbrechungen. Erwähnt seien nur die Auskunftspflichten nach dem AWG⁷³, die Meldepflichten nach dem KWG⁷⁴ und die praktisch äußerst bedeutsame Anzeigepflicht der Kreditinstitute in Todesfällen von Konto- und Schließfachinhabern gegenüber dem Finanzamt nach der AO⁷⁵. Schließlich ist auf das Bußgeldverfahren wegen Steuerordnungswidrigkeiten nach dem OWiG⁷⁶ hinzuweisen, das den Banken gegenüber den Finanzämtern weitergehende Auskunftspflichten auferlegt als der Strafprozeß.

Zusammenfassend ergibt sich: Das Bankgeheimnis, das durch den bankgeschäftlichen Vertrag zwischen Kreditinstitut und seinem Kunden begründet wird, erfährt vor allem zur Sicherung des staatlichen Steuer- und Strafanspruchs zahlreiche Durchbrechungen, die insgesamt als eine ausgewogene Lösung der Gegensätze von Individual- und Gemeinschaftsinteresse angesehen werden können. Das GG schützt durch seine Art. 1 und 2 den einzelnen lediglich vor einer totalen Veröffentlichung und bewahrt damit auch das Bankgeheimnis vor einer völligen Beseitigung. An diesen allerdings sehr spät einsetzenden verfassungsrechtlichen Schutz wird noch zu denken sein, falls sich die Steuergesetzgebung in Richtung auf Liquidierung der Privat-

73 Außenwirtschaftsgesetz vom 28. April 1961 (BGBl. III Nr. 7400-1). In § 44 ist ein weites Auskunftsrecht der Verwaltung gegenüber allen unmittelbar oder mittelbar am Außenwirtschaftsverkehr Teilnehmenden normiert. Banken haben kein Auskunftsverweigerungsrecht. Allerdings sollen nach den vom Bundesfinanzminister erlassenen Prüfungsrichtlinien Außenwirtschaftsverkehr vom 25. Oktober 1965 (Bundeszollblatt 1965, 946) Banken nur dann befragt werden, wenn auf andere Weise, insbesondere vom Pflichtigen, keine Auskunft erlangt werden kann. Bei Prüfung eines Geldinstituts festgestellte Konten dürfen nicht zum Nachteil des Bankkunden verwertet werden. Summarische Mitteilungen von Konten und Depots dürfen nicht verlangt werden.

74 Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961 (BGBl. III Nr. 7610-1). Nach § 44 KWG hat das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen ein allgemeines Auskunftsrecht. Darüber hinaus sind im KWG eine Reihe von Meldepflichten geregelt, z. B. in § 13 für Großkredite, in § 14 für Millionenkredite und in § 15 für Organkredite. Die beim Bundesaufsichtsamt Beschäftigten sind zum Stillschweigen verpflichtet (§ 9 KWG); Anzeigen und Mitteilungen gegenüber den Finanzämtern sind gesetzlich ausgeschlossen (§ 9 Abs. 2 KWG).

75 Vgl. § 187 a AO und §§ 5 ff. der Erbschaftsteuer-DurchführungsVO vom 19. Januar 1962 (BGBl. I S. 22).

76 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. Mai 1968 (BGBl. I S. 481). Nach § 59 OWiG hat das Finanzamt das Recht, Zeugen zu laden und bei deren Nichterscheinen oder bei Verweigerung der Auskunft Ordnungsstrafen festzusetzen, Rechte, die die Staatsanwaltschaft nicht hat.

sphäre entwickeln sollte. Die neue AO wird aber voraussichtlich am bestehenden Rechtszustand nichts verändern⁷⁷.

Das Recht des Bankgeheimnisses ist durch eine eigenartige Gemengelage von öffentlichem und privatem Recht gekennzeichnet. Nur einem unreflektierten Rechtsverständnis kann dies als bedauernde Grenzverwischung vorkommen. Das gesamte Wirtschaftsrecht zeichnet sich vielmehr aus durch variable Übergänge von der rein privaten Sphäre des sozial gebundenen Selbstbestimmungsrechts bis zu einer rein öffentlichen Sphäre der Staatsgestaltung im Allgemeininteresse. Ein Rechtsinstitut wie das Bankgeheimnis ist rechtlich nur dann angemessen erfassbar, wenn die gesamte Breite dieses Spannungsfeldes im Blick behalten und nicht vorzeitig durch schematische Anwendung tradierter Kategorien kurzgeschlossen wird.

77 Vgl. den Regierungsentwurf, BT-Drucksache VI/1982 §§ 107, 116.