

GmbHG § 15 Abs. 3, § 40 Abs. 2; EGBGB Art. 11 Abs. 1 Zur Auslandsbeurkundung der Abtretung eines GmbH-Anteils durch Notar in Basel

LG Frankfurt/M., Urt. v. 7.10.2009 – 3-13 O 46/09 (rechtskräftig)

Leitsätze:

1. Unter der Geltung des MoMiG ist zweifelhaft, ob die Beurkundung einer GmbH-Anteilsabtretung in Basel noch gleichwertig ist, weil der Schweizer Notar seinen Pflichten im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 2 GmbHG) mangels Amtsbefugnissen in Deutschland nicht nachkommen kann.

2. Die privatschriftliche Bestellung eines Pfandrechts an diesem Geschäftsanteil zu Gunsten des Veräußerers ist formunwirksam.

Fundstelle: ZIP 2010, 88

BGB § 280 Abs. 1

Zur Aufklärung über Rückvergütungen im Kommissionsgeschäft

LG Mönchengladbach, Urt. v. 17.11.2009 – 3 O 112/09 (nicht rechtskräftig)

Leitsatz:

Auf die Rechtsfrage, ob eine Bank einen Kunden auch über im Eigenhandel erzielte Margen aufklären muss (siehe zu den unterschiedlichen Auffassungen beispielhaft Urteil des LG Hamburg in BB 2009, 1828 ff. und Urteil des LG Chemnitz in WM 2009, 1505), kommt es nicht an, wenn sich aus der Wertpapierabrechnung des Kunden Anzeichen dafür ergeben,

dass der Erwerb der Wertpapiere im Wege des Kommissionsgeschäfts erfolgt ist („Kurs“, „Börse“, „Kurswert“). In diesem Fall muss sich die Bank so behandeln lassen, als wäre der Erwerb der Papiere tatsächlich im Wege der Kommission erfolgt, weshalb der Kunde vor der Anlageentscheidung über die damit verbundene Vergütung ungefragt und unabhängig von deren Höhe aufgeklärt werden muss.

Fundstelle: BKR 2010, 40

InsO §§ 130, 140 Abs. 1

Keine stillschweigende Genehmigung von Lastschriftbuchungen durch bloße Fortsetzung des Zahlungsverkehrs

LG Köln, Urt. v. 2.12.2009 – 13 S 198/09 (nicht rechtskräftig, AG Kerpen)

Leitsätze:

1. In der bloßen Fortsetzung des Zahlungsverkehrs auf einem mit Lastschriftbuchungen belasteten Konto kann jedenfalls solange keine stillschweigende Genehmigung der Lastschriftbuchungen gesehen werden, als die sechswöchige Frist zur Erhebung von Einwendungen gegen den Saldo noch nicht abgelaufen ist.

2. Die Genehmigungsfiktion der Nr. 7 Abs. 4 Sparkassen AGB (a. F.) wirkt nicht gegenüber dem „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt.

3. Eine erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter erteilte Genehmigung einer Lastschriftbuchung unterliegt nicht der Insolvenzanfechtung.

Fundstellen: ZVI 2010, 24; NZI 2010, 63; ZInsO 2010, 195

ZBB-Report

Thomas Hoeren*)

Das neue BDSG und der Handel mit „non-performing loans“

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) wurde im Sommer 2009 gerade in bankrechtlicher Hinsicht grundlegend novelliert. Damit verbinden sich in der Kreditwirtschaft viele Zweifel: Müssen jetzt viele Kreditpraktiken auf den Prüfstand? Wie sieht es datenschutzrechtlich mit der Abtretung notleidender Kredite aus? Der Beitrag zeigt, dass die Novellierung den Umgang mit „non-performing loans“ (NPL) nicht tangiert.

*) Universitätsprofessor, Dr. iur., Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) – Zivilrechtliche Abteilung – Westfälische Wilhelms-Universität, Münster. Der Autor dankt der Bundesvereinigung Kreditankauf und Servicing (BKS), voran Herrn Dr. Jörg Keibel, für wertvolle Hinweise hinsichtlich der empirischen Grundlagen dieses Beitrags.

Inhaltsübersicht

I. Einführung: Datenschutzrechtliche Aspekte beim Handel mit notleidenden Krediten

1. Personenbezug der Daten
2. Verhältnis von Bankgeheimnis und BDSG
3. Weitergabe der Daten an den Käufer
 - 3.1 Wirksamkeit der Abtretung
 - 3.2 Kein entgegenstehendes Bankgeheimnis
4. Weitergabe der Daten an einen Due-Diligence-Dienstleister
5. Beziehung externer Daten von Auskunftfeien durch den Käufer
6. Verarbeitung der Daten durch den Käufer

II. Auswirkungen auf die Preisermittlung von NPL durch die vorgesehenen Änderungen des BDSG

1. Abschaffung des Listenprivilegs und Ausweitung von Opt-Ins, §§ 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, 29 Abs. 1 BDSG
2. Einführung eines Koppelungsverbots, §§ 28 Abs. 3b, 29 Abs. 1 BDSG
3. Ausweitung des Verbots der automatisierten Einzelentscheidungen nach § 6a BDSG
4. Die Weitergabe von Daten an Auskunftfeien nach § 28a BDSG
 - 4.1 § 28a Abs. 1 BDSG
 - 4.2 § 28a Abs. 2 BDSG
5. Scoring, § 28b BDSG
 - 5.1 Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, § 29 Abs. 6, 7 BDSG
 - 6.1 Diskriminierungsfreie Auskunft, § 29 Abs. 6 BDSG
 - 6.2 Auskunftsanspruch des Betroffenen, § 29 Abs. 7 BDSG
 7. Ausweitung der Auskunftsrechte, § 34 BDSG
 - 7.1 Erweiterung des Auskunftsanspruchs, § 34 Abs. 2 BDSG
 - 7.2 Erweiterung des Auskunftsanspruchs bei Übermittlungszweck, § 34 Abs. 4 BDSG
 8. Meldepflicht bei automatisierter Datenverarbeitung

III. Zusammenfassung

I. Einführung: Datenschutzrechtliche Aspekte beim Handel mit notleidenden Krediten

Im Folgenden wird der Handel mit notleidenden Krediten („non performing loans“ – NPL) unter datenschutzrechtlichen Aspekten untersucht. Ein Kredit gilt als notleidend, wenn der Kreditnehmer seine vertraglichen Zahlungspflichten verletzt und die Bank infolge dieses vertragswidrigen Verhaltens zur Kündigung des Darlehensvertrages berechtigt ist.¹⁾ Die Kündigung selbst muss (noch) nicht ausgesprochen sein. Gegenstand dieses Beitrags sind allerdings nur bereits gekündigte Kredite, sodass die Begriffe „notleidende Kredite“ und „NPL“ in diesem Sinne zu verstehen sind. Notleidende Kredite müssen von Banken zu Lasten des Ertrages wertbereinigt werden. Um den Verlust aus dem Kreditgeschäft möglichst gering zu halten, kann die Bank notleidende Kredite entweder sanieren, abwickeln oder verkaufen.²⁾ Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den datenschutzrechtlichen Aspekten eines solchen Verkaufs. Hierbei wird von einem Rechtskauf nach §§ 453, 433 BGB ausgegangen, bei dem der Verkäufer nur das Veritätsrisiko, nicht hingegen das Bonitätsrisiko trägt. Das Verfügungsgeschäft ist eine Forderungsabtretung nach §§ 398 ff. BGB.

NPL werden meist in Paketen verkauft. Im Vorfeld des Vertragsschlusses werden potentiellen Käufern nur allgemeine Informationen über das Paket mitgeteilt. Dies sind etwa die Anzahl der Verträge, Höhe der nominalen Forderungen, etc. Mangels Personenbezug ist hierbei keine datenschutzrechtliche Relevanz gegeben. Erst wenn ein potentieller Käufer Interesse an einem NPL-Paket gezeigt hat, werden weitere Daten übermittelt. Spätestens im Rahmen der Preisermittlung werden dem Käufer alle Daten bekanntgegeben. Um den Wert

der NPL-Pakete zu bestimmen, führt der Verkäufer selbst oder ein beauftragter Due-Diligence-Dienstleister die Erfassung und Auswertung durch. Parallel dazu bestimmt auch der Käufer anhand der ihm vom Verkäufer übermittelten Daten die Werthaltigkeit des Pakets. Diese Phase bedarf einer näheren datenschutzrechtlichen Bewertung.

1. Personenbezug der Daten

Eine datenschutzrechtliche Relevanz besteht nur, soweit die Daten personenbezogen sind. Das ist bei NPL-Geschäften meist der Fall, da hier Kontaktangaben zum Schuldner ebenso wie dessen Sicherheiten und Schulden genauer spezifiziert sind.

Personenbezogene Daten sind gemäß § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Datenschutzrechtliche Relevanz nach dem BDSG besteht also nur, wenn der Schuldner eine natürliche und keine juristische Person ist. Bei NPL-Geschäften sind diese Daten allesamt Einzelangaben über eine bestimmte natürliche Person, da über die ebenfalls mitgeteilte Adresse ein unmittelbarer Personenbezug besteht.

Fehlt ein solches, den Betroffenen unmittelbar offenbarendes Datum (etwa die Adresse), dann liegen lediglich Einzelangaben einer bestimmbarer natürlichen Person vor. In diesem Fall kommt es darauf an, ob die Bestimmbarkeit lediglich objektiv gegeben sein muss, also bereits dann ein personenbezogenes Datum vorliegt, wenn irgendwie objektiv die Möglichkeit besteht, dass der Betroffene unter Hinzuziehung weiterer Daten identifiziert werden kann³⁾ oder ob ein relativer Personenbezug ausreicht⁴⁾. Letzteres ist gegeben, wenn die jeweilige Stelle ohne großen Aufwand einen konkreten Personenbezug herstellen kann. Da es nach den Feststellungen des BVerfG vor allem auf die Verknüpfbarkeit der Daten ankommt und es daher unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein „belangloses“ Datum mehr gibt,⁵⁾ muss auch hier auf die objektive Verknüpfbarkeit abgestellt werden. Es reicht mithin aus, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Betroffene durch Hinzuziehung weiterer Daten bestimmt werden kann. Da dies vorliegend bei NPL-Geschäften der Fall ist, sind die gegenständlichen Daten personenbezogen.

2. Verhältnis von Bankgeheimnis und BDSG

Das Bankgeheimnis ist gesetzlich nicht geregelt oder definiert. Es lässt sich aber als vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht qualifizieren.⁶⁾ Zudem ergibt es sich aus dem mit der Aufnah-

1) Bruchner/Krepold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2007, Band I, § 39 Rz. 59; Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1568.

2) Zu den Motiven für den Verkauf und Kauf von NPL vgl. Rinze/Heda, WM 2004, 1557, 1558; Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1566 ff.; Kristen/Kreppel, BKR 2005, 123, 123 f.

3) Weichert, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG-Kommentar, § 3 Rz. 3.

4) Marian/Forgo/Krögel, BuB 2006, 704.

5) BVerfGE 65, 158 = NJW 1984, 419 ff.

6) Bruchner/Krepold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fußn. 1), § 39 Rz. 9 m. w. N.; Nobbe, WM 2005, 1537, 1540 m. w. N.

- II. Auswirkungen auf die Preisermittlung von NPL durch die vorgesehenen Änderungen des BDSG
1. Abschaffung des Listenprivilegs und Ausweitung von Opt-Ins, §§ 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, 29 Abs. 1 BDSG
 2. Einführung eines Koppelungsverbots, §§ 28 Abs. 3b, 29 Abs. 1 BDSG
 3. Ausweitung des Verbots der automatisierten Einzelentscheidungen nach § 6a BDSG
 4. Die Weitergabe von Daten an Auskunftfeien nach § 28a BDSG
 - 4.1 § 28a Abs. 1 BDSG
 - 4.2 § 28a Abs. 2 BDSG
 5. Scoring, § 28b BDSG
 - 5.1 Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, § 29 Abs. 6, 7 BDSG
 - 6.1 Diskriminierungsfreie Auskunft, § 29 Abs. 6 BDSG
 - 6.2 Auskunftsanspruch des Betroffenen, § 29 Abs. 7 BDSG
 7. Ausweitung der Auskunftsrechte, § 34 BDSG
 - 7.1 Erweiterung des Auskunftsanspruchs, § 34 Abs. 2 BDSG
 - 7.2 Erweiterung des Auskunftsanspruchs bei Übermittlungszweck, § 34 Abs. 4 BDSG
 8. Meldepflicht bei automatisierter Datenverarbeitung

III. Zusammenfassung

I. Einführung: Datenschutzrechtliche Aspekte beim Handel mit notleidenden Krediten

Im Folgenden wird der Handel mit notleidenden Krediten („non performing loans“ – NPL) unter datenschutzrechtlichen Aspekten untersucht. Ein Kredit gilt als notleidend, wenn der Kreditnehmer seine vertraglichen Zahlungspflichten verletzt und die Bank infolge dieses vertragswidrigen Verhaltens zur Kündigung des Darlehensvertrages berechtigt ist.¹⁾ Die Kündigung selbst muss (noch) nicht ausgesprochen sein. Gegenstand dieses Beitrags sind allerdings nur bereits gekündigte Kredite, sodass die Begriffe „notleidende Kredite“ und „NPL“ in diesem Sinne zu verstehen sind. Notleidende Kredite müssen von Banken zu Lasten des Ertrages wertbereinigt werden. Um den Verlust aus dem Kreditgeschäft möglichst gering zu halten, kann die Bank notleidende Kredite entweder sanieren, abwickeln oder verkaufen.²⁾ Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den datenschutzrechtlichen Aspekten eines solchen Verkaufs. Hierbei wird von einem Rechtskauf nach §§ 453, 433 BGB ausgegangen, bei dem der Verkäufer nur das Veritätsrisiko, nicht hingegen das Bonitätsrisiko trägt. Das Verfügungsgeschäft ist eine Forderungsabtretung nach §§ 398 ff. BGB.

NPL werden meist in Paketen verkauft. Im Vorfeld des Vertragsschlusses werden potentiellen Käufern nur allgemeine Informationen über das Paket mitgeteilt. Dies sind etwa die Anzahl der Verträge, Höhe der nominalen Forderungen, etc. Mangels Personenbezug ist hierbei keine datenschutzrechtliche Relevanz gegeben. Erst wenn ein potentieller Käufer Interesse an einem NPL-Paket gezeigt hat, werden weitere Daten übermittelt. Spätestens im Rahmen der Preisermittlung werden dem Käufer alle Daten bekanntgegeben. Um den Wert

der NPL-Pakete zu bestimmen, führt der Verkäufer selbst oder ein beauftragter Due-Diligence-Dienstleister die Erfassung und Auswertung durch. Parallel dazu bestimmt auch der Käufer anhand der ihm vom Verkäufer übermittelten Daten die Werthaltigkeit des Pakets. Diese Phase bedarf einer näheren datenschutzrechtlichen Bewertung.

1. Personenbezug der Daten

Eine datenschutzrechtliche Relevanz besteht nur, soweit die Daten personenbezogen sind. Das ist bei NPL-Geschäften meist der Fall, da hier Kontaktangaben zum Schuldner ebenso wie dessen Sicherheiten und Schulden genauer spezifiziert sind.

Personenbezogene Daten sind gemäß § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Datenschutzrechtliche Relevanz nach dem BDSG besteht also nur, wenn der Schuldner eine natürliche und keine juristische Person ist. Bei NPL-Geschäften sind diese Daten allesamt Einzelangaben über eine bestimmte natürliche Person, da über die ebenfalls mitgeteilte Adresse ein unmittelbarer Personenbezug besteht.

Fehlt ein solches, den Betroffenen unmittelbar offenbares Datum (etwa die Adresse), dann liegen lediglich Einzelangaben einer bestimmbarer natürlichen Person vor. In diesem Fall kommt es darauf an, ob die Bestimmbarkeit lediglich objektiv gegeben sein muss, also bereits dann ein personenbezogenes Datum vorliegt, wenn irgendwie objektiv die Möglichkeit besteht, dass der Betroffene unter Hinzuziehung weiterer Daten identifiziert werden kann³⁾ oder ob ein relativer Personenbezug ausreicht⁴⁾. Letzteres ist gegeben, wenn die jeweilige Stelle ohne großen Aufwand einen konkreten Personenbezug herstellen kann. Da es nach den Feststellungen des BVerfG vor allem auf die Verknüpfbarkeit der Daten ankommt und es daher unter den Bedingungen der automatisierten Datenverarbeitung kein „belangloses“ Datum mehr gibt,⁵⁾ muss auch hier auf die objektive Verknüpfbarkeit abgestellt werden. Es reicht mithin aus, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Betroffene durch Hinzuziehung weiterer Daten bestimmt werden kann. Da dies vorliegend bei NPL-Geschäften der Fall ist, sind die gegenständlichen Daten personenbezogen.

2. Verhältnis von Bankgeheimnis und BDSG

Das Bankgeheimnis ist gesetzlich nicht geregelt oder definiert. Es lässt sich aber als vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht qualifizieren.⁶⁾ Zudem ergibt es sich aus dem mit der Aufnah-

1) *Bruchner/Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2007, Band I, § 39 Rz. 59; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1568.

2) Zu den Motiven für den Verkauf und Kauf von NPL vgl. *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1558; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1566 ff.; *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123, 123 f.

3) *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG-Kommentar, § 3 Rz. 3.

4) *Marian/Forgo/Krügel*, BuB 2006, 704.

5) BVerfGE 65, 158 = NJW 1984, 419 ff.

6) *Bruchner/Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fußn. 1), § 39 Rz. 9 m. w. N.; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1540 m. w. N.

...chen Kontakts entstehenden Schuldverhältnissen (§ 311 Abs. 2 BGB).⁷⁾ Nicht als Grundlage herangezogen werden kann hingegen Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken, da die Bank auch zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, wenn es zu keinem Vertragsschluss kommt bzw. der Vertrag nichtig ist, also die AGB nicht in den Vertrag einbezogen sind.⁸⁾ Aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunde folgt die Pflicht der Bank zur Verschwiegenheit über Informationen, die es im Rahmen der Geschäftsverbindung über ihren Kunden erlangt.⁹⁾ Das Bankgeheimnis umfasst insbesondere den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kunden, das auch den Schutz der persönlichen Geheimnisse einschließt. In Anlehnung an Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 AGB-Banken wird unter dem Bankgeheimnis die Pflicht des Kreditinstituts verstanden, Verschwiegenheit über alle Tatsachen und Werturteile über die persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse eines Kreditnehmers zu wahren, von denen es Kenntnis erlangt.¹⁰⁾

Da die beim Handel mit NPL relevanten Daten sowohl vom Bankgeheimnis als auch vom BDSG erfasst werden, stellt sich die Frage nach deren Verhältnis. Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG bleibt die Verpflichtung zur Wahrung von Berufsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, von den Bestimmungen des BDSG unberührt. § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG soll gewährleisten, dass ein speziell geregelter Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts nicht durch die insoweit subsidiären Regelungen des BDSG unterlaufen wird.¹¹⁾ Daraus folgt zum einen, dass BDSG und Bankgeheimnis nebeneinander gelten.¹²⁾ Zum anderen bedeutet es, dass das Datenschutzrecht im Verhältnis zum Bankgeheimnis eine Aufgangsfunktion hat, also nur dann Bedeutung erlangt, wenn eine Frage auf Grund des Bankgeheimnisses nicht abschließend beantwortet werden kann.¹³⁾

Damit sind die einzelnen datenschutzrelevanten Vorgänge zunächst am Bankgeheimnis zu messen. Erst wenn dieses keine Regelung trifft, sind subsidiär die Regelungen des BDSG heranzuziehen. Im Einzelnen ist zwischen der Weitergabe der Daten durch den Verkäufer an den Käufer sowie an einen Due-Diligence-Dienstleister, die Beiziehung externer Daten von Auskunftgebern sowie die Verarbeitung der Daten bei dem Käufer zu unterscheiden.

3. Weitergabe der Daten an den Käufer

3.1 Wirksamkeit der Abtretung

Bei einer Abtretung gem. § 398 BGB wird der Verkäufer durch § 402 BGB u. a. verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen. Selbst wenn durch diese Verpflichtung das Bankgeheimnis oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt werden, ist die Abtretung nach Ansicht des BGH dennoch wirksam.¹⁴⁾ Das BVerfG nahm eine Verfassungsbeschwerde gegen das BGH-Urteil, die eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung rügte, nicht zur Entscheidung an.¹⁵⁾ Es führte aus, dass sich bei einer typisierenden Betrachtungsweise der Abtretung von Darlehensforderungen nicht feststellen lässt, dass den Geheimhaltungsinteressen des

Schuldners der Vorzug zu geben ist.¹⁶⁾ Die dingliche Abtretung ist also in jedem Fall wirksam. Diese Überlegungen hat der BGH dann noch in einer Folgeentscheidung¹⁷⁾ zur Reichweite von § 203 StGB bekräftigt. Hiernach ist bei der datenschutzrechtlichen Bewertung der Abtretung von Krediten das für die Privatrechtsordnung wesentliche Allgemeinwohl der Verkehrsfähigkeit von Forderungen zu beachten.

3.2 Kein entgegenstehendes Bankgeheimnis

Sowohl der BGH¹⁸⁾ als auch das BVerfG¹⁹⁾ betonen, dass trotz Wirksamkeit der Abtretung durch diese gleichwohl vertragliche oder datenschutzrechtliche Regelungen verletzt werden können. Möglicherweise stellt die Weitergabe der Daten eine Verletzung des Bankgeheimnisses dar. Durch das Bankverhältnis wird das Kreditinstitut zum Stillschweigen über die Vermögensverhältnisse des Kunden verpflichtet. Dazu gehört zunächst auch, dass die Daten nicht an Dritte weitergegeben werden. Das würde aber dazu führen, dass eine Bank nie Forderungen weiterverkaufen dürfte (obwohl es ihr dinglich möglich ist).

Rechtlich unproblematisch ist der Fall einer Einwilligung des Kunden, durch die das Kreditinstitut vom Bankgeheimnis entbunden wird.²⁰⁾ Eine solche Einwilligungserklärung darf auch in vorformulierten Vertragsbedingungen enthalten sein.²¹⁾

Kritisch sind hingegen die Fälle, in denen der Schuldner keine Einwilligung erteilt hat. Der wohl (noch) überwiegende Teil von Rechtsprechung und Literatur möchte dieses Problem durch eine (entsprechende) Anwendung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG lösen.²²⁾ Demnach ist Übermittlung, etc. von Daten zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Wie *Nobbe*²³⁾ sehr ausführlich und dogmatisch völlig überzeugend darlegt, kann das vertraglich begründete

7) *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1539.

8) *Bruchner/Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fußn. 1), § 39 Rz. 7; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1539.

9) *Bruchner/Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fußn. 1), § 39 Rz. 1.

10) BGHZ 171, 180 = ZIP 2007, 619 = ZfR 2007, 308 = NJW 2007, 2106, 2107, dazu EWiR 2007, 276 (*Weber, S./Bulach*); *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1538 m. w. N.

11) *Walz*, in: Simitis, § 1 Rz. 175.

12) BGHZ 171, 180 = ZIP 2007, 619 = ZfR 2007, 308 = NJW 2007, 2106, 2108.

13) BGHZ 171, 180 = ZIP 2007, 619 = ZfR 2007, 308 = NJW 2007, 2106, 2108 m. w. N.

14) BGHZ 171, 180 = ZIP 2007, 619 = ZfR 2007, 308 = NJW 2007, 2106, 2108 f.

15) BVerfG ZIP 2007, 2348 = NJW 2007, 3707.

16) BVerfG ZIP 2007, 2348 = NJW 2007, 3707, 3708.

17) BGH ZIP 2009, 2329 = ZfR 2009, 65 = WM 2009, 2307.

18) BGHZ 171, 180 = ZIP 2007, 619 = ZfR 2007, 308 = NJW 2007, 2106, 2107; BGH ZIP 2009, 2329 = ZfR 2009, 65 = WM 2009, 2307.

19) BVerfG ZIP 2007, 2348 = NJW 2007, 3707, 3708.

20) Dazu *Bruchner/Krepold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fußn. 1), § 39 Rz. 31 ff.

21) *Rögner*, NJW 2004, 3230, 3233; *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157, 1162 f.; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1572 f.

22) Zu den Nachweisen siehe *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1545 (Fußn. 123, 124).

23) *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1546.

Bankgeheimnis aber nicht unter Rückgriff auf eine weichere gesetzliche Regelung durchbrochen werden. Schließlich ordnet § 1 Abs. 3 BDSG selbst einen Vorrang solcher Verschwiegenheitspflichten an. Alles andere würde zu einem Gleichlauf von Bankgeheimnis und Datenschutz führen. Folge dessen wäre, dass das vertraglich vereinbarte Bankgeheimnis unter den Vorbehalt einer allgemeinen Interessenabwägung und damit letztlich zur Disposition der Kreditinstitute gestellt wird.²⁴⁾ Weiterhin kann die Ansicht nicht begründen, wie es eine BDSG-Norm auf Schuldner anwenden kann, die juristische Personen sind und für die somit der Schutz personenbezogener Daten durch das BDSG nicht gilt. Daher ist die Ansicht, die das Bankgeheimnis einer Interessenabwägung (entsprechend) § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG unterwerfen möchte, abzulehnen.²⁵⁾

Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Bankgeheimnis ein unüberwindbares Hindernis für den NPL-Handel darstellt. Vielmehr ist eine dogmatisch überzeugende Lösung in den Vertragsbeziehungen zwischen Bank und Schuldner zu suchen, aus der auch das Bankgeheimnis resultiert. Sobald die Bank durch das vertragswidrige Verhalten des Schuldners zur fristlosen Kündigung berechtigt ist, muss sie im Rahmen einer gerichtlichen Geltendmachung der Forderung die Daten dem Gericht sowie einem Rechtsanwalt offenbaren. Gleiches muss aber auch gelten, wenn die Bank den notleidenden Kredit nicht gerichtlich, sondern anderweitig – durch Weiterverkauf – verwerten möchte.²⁶⁾ Das Kreditinstitut hat nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) einen Anspruch gegen den Schuldner auf Befreiung vom Bankgeheimnis, wenn es die Forderung verkaufen und abtreten möchte.²⁷⁾ Der Einwand des Schuldners, die Weitergabe der Daten verstoße gegen das Bankgeheimnis, ist in diesen Fällen rechtsmissbräuchlich.²⁸⁾ Schließlich hat er durch sein vertragswidriges Verhalten die Rechtsposition, auf die er sich beruft, erst zur Entstehung gebracht.²⁹⁾

Damit verstößt einer Weitergabe der Daten bei gekündigten oder kündbaren Krediten an den Käufer nicht gegen das Bankgeheimnis.³⁰⁾ Eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung kommt angesichts des spezielleren und daher vorrangigen Bankgeheimnisses nicht in Betracht. Es sind kaum Situationen denkbar, in denen Daten übermittelt werden, die nicht zugleich dem Bankgeheimnis unterliegen. Sollte dies dennoch der Fall sein, dürfte jedenfalls die Abwägung im Rahmen des § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG zu Gunsten der Bank ausfallen.

4. Weitergabe der Daten an einen Due-Diligence-Dienstleister

Fraglich ist, wie die Weitergabe der Daten durch den Verkäufer an einen Due-Diligence-Dienstleister zur Wertermittlung der NPL-Pakete zu bewerten ist. Bevor dazu auf datenschutzrechtliche Normen wie § 11 oder § 28 BDSG zurückgegriffen werden kann, muss das BDSG überhaupt anwendbar sein. Auch gilt wiederum, dass dem Bankgeheimnis als speziellerer Regelung Anwendungsvorrang vor dem BDSG zukommt.³¹⁾

Das Bankgeheimnis verpflichtet das Kreditinstitut nicht, auf die Vorteile einer arbeitsteiligen Wirtschaft, insbesondere durch das Outsourcen von bankgeschäftlichen Tätigkeiten zu verzichten.³²⁾ Daher ist zum einen zu beachten, dass der Dienstleister keine völlig fremde Person ist, sondern als Erfüllungsgehilfe im Lager des Verkäufers steht und damit ebenfalls dem Bankgeheimnis unterliegt.³³⁾ Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der Dienstleister vertraglich zur Einhaltung des Bankgeheimnisses verpflichtet wird.³⁴⁾ Zum anderen hat der Verkäufer einen Anspruch auf Befreiung vom Bankgeheimnis. Wenn davon schon die Weitergabe an den Käufer gedeckt ist, muss dies auch für interne Weitergabe an einen Due-Diligence-Dienstleister gelten.

Folglich verletzt die Weitergabe der Daten an den Due-Diligence-Dienstleister nicht das Bankgeheimnis.³⁵⁾

5. Beiziehung externer Daten von Auskunfteien durch den Käufer

Auskunfteien dürfen Daten der Betroffenen nur dann verarbeiten, wenn entweder eine Einwilligung vorliegt oder die Verarbeitung von § 28 bzw. § 29 BDSG gerechtfertigt wird. Ob seitens der Betroffenen eine Einwilligung erteilt wurde, kann hier allgemein für NPL-Geschäfte nicht festgestellt werden. Regelmäßig wird dies jedoch der Fall sein, da die Einholung einer solchen regelmäßig erfolgt.

6. Verarbeitung der Daten durch den Käufer

Sobald der Käufer die Daten vom Verkäufer erhalten hat, möchte er sie in seine Datenbanken einpflegen und zur Wertermittlung verarbeiten. Zwar unterfallen die Daten natürlich auch dem Bankgeheimnis³⁶⁾, allerdings ist dies für die folgenden Bearbeitungsschritte kein Prüfungsmaßstab mehr, da der Käufer ja schon rechtmäßig Kenntnis von ihnen erlangt hat. Folglich muss für die Beurteilung der Zulässigkeit das nun einschlägige BDSG herangezogen werden. Dies gilt allerdings nur für die Daten von natürlichen Personen (§ 3 Abs. 1 BDSG).

24) *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1546.

25) *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl., 2007, § 28 Rz. 11; *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG, 6. Aufl., 2006, § 28 Rz. 134; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1546.

26) *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547.

27) *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547.

28) *Bruchner/Krepold*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Fußn. 1), § 39 Rz. 60 ff.; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547 m. w. N.; *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157, 1162; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1565; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1573; *OLG Celle*, WM 2004, 1384.

29) *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157, 1162.

30) *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547 f. und i. E. auch die Ansicht, die das Bankgeheimnis über eine (entsprechende) Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 1 BDSG einschränken will.

31) Vgl. § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG.

32) *Bruchner/Krepold*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Fußn. 1), § 39 Rz. 27; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1562 m. w. N.

33) *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1546.

34) *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157, 1161.

35) *Bruchner/Krepold*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Fußn. 1), § 39 Rz. 27 ff., 65; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547 f.; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1565.

36) Zum „inneren Bankgeheimnis“ vgl. *Bruchner/Krepold*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Fußn. 1), § 39 Rz. 21 ff.

Als Erlaubnistatbestand für diese Datenverwendung kommt § 28 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BDSG in Betracht. Dann muss die Datenverwendung eine nach § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG privilegierte Handlung darstellen. Während des Bewertungsprozesses findet eine Vielzahl von Handlungen statt. So werden die Daten in informationstechnische Systeme eingespeist und auch dort verarbeitet.

Das Einspeisen der Daten in Computersysteme stellt das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung dar und ist damit als Speicherung gemäß § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG eine privilegierte Handlung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG.

Die Verwendung der Daten kann eine privilegierte Datenveränderung i. S. d. § 3 Abs. 4 BDSG, also ein inhaltliches Umgestalten gespeicherter Daten sein. Bei einem Bewertungsprozess wie im NPL-Bereich üblich werden die zu Grunde gelegten Daten nicht in ihrem Informationsgehalt geändert. Eine Veränderung ist aber auch das Verknüpfen von Daten, wenn dadurch ein neuer Informationsgehalt entsteht.³⁷⁾ Das Ziel des Bewertungsprozesses ist die Ermittlung der Werthaltigkeit durch die Verknüpfung der Daten untereinander, sodass als neuer Informationsgehalt die Werthaltigkeit des Objekts aus der Datenverknüpfung hervorgeht. Die Verarbeitung der Dateien ist also eine privilegierte Datenverknüpfung gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG.

Weiterhin muss der Käufer mit der Datenverarbeitung berechnigte Interessen verfolgen, die die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwiegen, § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Ein berechtigtes Interesse ist ein nach vernünftiger Erwägung durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse, das auch wirtschaftlicher Natur sein kann.³⁸⁾ Im NPL-Bereich verfolgt der Käufer das Interesse, von seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit Gebrauch zu machen und als potentieller Zessionar in die Position des bisherigen Forderungsinhabers einzutreten. Ein solches Rechtsgeschäft sieht das deutsche Recht ausdrücklich vor. Es ist mithin ein berechtigtes Interesse seitens des Käufers. Weiterhin muss die Datenverarbeitung zur Verwirklichung dieses Zwecks auch erforderlich sein. Die Datenverarbeitung ist dann erforderlich, wenn die berechtigten Interessen auf eine andere Weise nicht angemessen gewahrt werden können.³⁹⁾ Für die Ermittlung der Werthaltigkeit ist insbesondere die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Betroffenen nötig. Denn erst wenn der Schuldner durch diese Daten eindeutig identifiziert werden kann, ist beispielsweise die Abfrage des Schufa-Scores möglich. Dies gilt grundsätzlich für alle Informationen, die über Auskunftfeien bezogen werden. Weiterhin dienen diese Daten einer notwendigen Validierung. Es ist daher davon auszugehen, dass diese Informationen wesentliche Bedeutung für den Vorgang der Wertermittlung haben. Damit ist die Verarbeitung dieser Informationen auch erforderlich.

Schließlich darf ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen die berechtigten Interessen des Käufers nicht überwiegen. Ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners ist die Beachtung seines informationellen Selbstbestimmungsrechts. Dieses Interes-

se ist aber gewahrt, da der Käufer dem Schuldner zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet ist. Ein darüber hinaus bestehendes schützenswertes Interesse des Schuldners ist kaum denkbar. So geht auch das BVerfG davon aus, dass Darlehensunterlagen im Regelfall keine vertraulichen oder intimen Umstände enthalten und ein typischer besonderer informationeller Schutzbedarf des Schuldners daher nicht ersichtlich ist.⁴⁰⁾

Damit überwiegen die berechtigten Interessen des Käufers diejenigen des Schuldners. Folglich ist die zur Wertermittlung erforderliche Datenverarbeitung vom Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG gedeckt und zulässig.

II. Auswirkungen auf die Preisermittlung von NPL durch die vorgesehenen Änderungen des BDSG

Momentan gibt es drei Novellen im Datenschutzrecht.⁴¹⁾ Die erste und zweite Novelle des BDSG sind bereits beschlossen. Die erste Novelle trat am 1. 4. 2009 in Kraft, die zweite Novelle weitestgehend am 1. 9. 2009.⁴²⁾ Wie bereits dargestellt, ist für die Datenweitergabe das speziellere Bankgeheimnis vorrangig anzuwenden. Änderungen des BDSG können also nur dort Auswirkungen auf den Handel mit NPL haben, wo das Bankgeheimnis nicht betroffen ist. Im Folgenden wird auf diese Aspekte eingegangen.

1. Abschaffung des Listenprivilegs und Ausweitung von Opt-Ins, §§ 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, 29 Abs. 1 BDSG

Bisher erlaubte § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BDSG die Übermittlung und Nutzung von bestimmten Daten zum Zweck der Werbung, Markt- und Meinungsforschung, wenn diese Daten in Listen zusammengefasst waren und eine Interessenabwägung dem nicht entgegenstand („Listenprivileg“). Diese Privilegierung fällt nun allerdings grundsätzlich weg. § 28 Abs. 3 BDSG n. F. bezieht sich auf Zwecke des Adressdatenhandels oder der Werbung, Markt- und Meinungsforschung wird nicht mehr erfasst. Allerdings wird nun ein Listendatenprivileg für Zwecke der Werbung gewährt in § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG n. F. Die Änderungen des § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BDSG betreffen ersichtlich nur die Übermittlung und Nutzung personenbezogener Daten zum Zweck der Werbung bzw. des Adresshandels. Beim Handel mit NPL geht es nicht primär um die Übermittlung von Adressen. Dies stellt im Rahmen der Übermittlung der Daten für den Handel mit NPL nur eine notwendige Nebenpflicht dar. Daher ist § 28 Abs. 3 BDSG n. F. für den Handel mit NPL nicht relevant.

37) Gola/Schomerus (Fußn. 25), § 3 Rz. 30.

38) Gola/Schomerus (Fußn. 25), § 3 Rz. 33.

39) Gola/Schomerus (Fußn. 25), § 3 Rz. 34.

40) BVerfG ZIP 2007, 2348 = NJW 2007, 3707, 3708.

41) Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, BGBl. 2009 I, S. 2254 (BDSG-Novelle I); Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, BGBl. 2009 I S. 2814 (BDSG-Novelle II); BR-Drucks. 639/09 (BDSG-Novelle III).

42) Die Änderungen der §§ 34, 43 BDSG durch die Novelle II treten erst am 1. 4. 2010 in Kraft.

2. Einführung eines Koppelungsverbots, §§ 28 Abs. 3b, 29 Abs. 1 BDSG

Durch den neu eingeführten § 28 Abs. 3b BDSG wird ein Koppelungsverbot geschaffen, wie es bereits in anderen Vorschriften (TMG, TKG) in ähnlicher Form existiert. Es besagt, dass der Abschluss eines Vertrags nicht davon abhängig gemacht werden darf, ob ein Betroffener seine Einwilligung zur Verwendung seiner Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung erteilt oder nicht, wenn er ansonsten keine andere Möglichkeit hat, einen ähnlichen Vertrag abzuschließen. Auch diese Änderung betrifft den Handel mit NPL nicht. Zwar verweist der neue § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG nun auch auf § 28 Abs. 3, 3a und 3b BDSG, allerdings werden Daten an die Auskunftsteile gerade nicht – wie es § 28 Abs. 3 BDSG voraussetzt – für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung übermittelt. Folglich hat auch die Verweisung in § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG keine Auswirkungen auf den Handel mit NPL.

3. Ausweitung des Verbots der automatisierten Einzelentscheidungen nach § 6a BDSG

Der neue § 6a Abs. 1 BDSG erhält einen Satz 2, in den die Definition eines Spezialfalles einer automatisierten Einzelentscheidung aufgenommen wurde. So liegt eine ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung gestützte Entscheidung insbesondere dann vor, wenn keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat. Zum Teil wurde bislang etwa vertreten, dass bei der Kreditvergabe keine Entscheidung vorliegt, die ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung beruht, da diese Entscheidung letztlich immer durch einen Menschen getroffen werde.⁴³⁾ Gegenüber solchen Meinungen fordert § 6a Abs. 1 BDSG nun eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem zu untersuchenden Sachverhalt, damit eine Schwelle überschritten wird, aufgrund der nicht mehr von einer „ausschließlich automatisierten Entscheidung“ gesprochen werden kann.

Im Rahmen der Wertermittlung von NPL kann diese Regelung höchstens hinsichtlich eingesetzter Scorings Bedeutung erlangen. Allerdings ist zu beachten, dass das Scoring selbst nicht von § 6a Abs. 1 BDSG verboten wird, da dieses keine Entscheidung, sondern nur eine Bewertung darstellt. Die Vorschrift käme also nur dann zum Tragen, wenn die Entscheidung, wie mit einem NPL verfahren werden soll, ausschließlich auf die Berechnung eines Scores gestützt wird, was i. d. R. nicht der Fall sein wird.

4. Die Weitergabe von Daten an Auskunftsteile nach § 28a BDSG

4.1 § 28a Abs. 1 BDSG

Mit der neuen Vorschrift des § 28a Abs. 1 BDSG wird die Datenübermittlung wegen Forderungen an Auskunftsteile geregelt. Bislang wurde die Zulässigkeit solcher Übermittlungen allein anhand von § 29 Abs. 2 BDSG legitimiert, wobei es darauf ankam, ob die übermittelte Information ein hartes oder ein weiches Negativmerkmal über den Schuldner betraf. Da-

bei wurde die Übermittlung harter Negativmerkmale, also solcher, deren Validität aufgrund eines rechtlichen Verfahrens gesichert waren, stets als zulässig erachtet. Die Zulässigkeit der Übermittlung weicher Negativmerkmale, die lediglich aufgrund einseitiger Maßnahmen eines Vertragspartners auf eine Vertragsstörung hinweisen, war von bestimmten Voraussetzungen abhängig, die die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen berücksichtigen sollte.

Der nun vorgesehene § 28a Abs. 1 BDSG regelt die Übermittlung sowohl von harten als auch von weichen Negativmerkmalen. Die nach der bisherigen Rechtslage erforderliche Abwägung mit den Interessen des Betroffenen wurde durch die Voraussetzungen der Nummern 1 bis 5 ersetzt.⁴⁴⁾ Zulässige Übermittlungen harter Negativmerkmale, die auf offene Forderungen zurückgehen, sind nun abschließend (Nr. 1 bis 3) geregelt. Hinsichtlich der Übermittlung weicher Negativmerkmale weitet die Vorschrift die Zulässigkeit im Vergleich zur bisherigen Rechtslage aus. Bislang dürfen solche weichen Merkmale nur dann übermittelt werden, wenn keinerlei Konflikt über die Zahlungsverpflichtung besteht und der Betroffene über die geplante Speicherung informiert worden ist. Nach neuer Rechtslage dürfen auch weiche Negativmerkmale übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung vorliegen (Nr. 5). Ansonsten ist im Falle des Bestreitens einer Zahlungsverpflichtung eine Übermittlung nicht zulässig (Nr. 4d), da die Voraussetzungen der Nr. 4 kumulativ vorliegen müssen.

Durch die Klarstellung wird die Rechtsunsicherheit bei der Übermittlung weicher Negativmerkmale beseitigt. Die in § 28a Abs. 1 BDSG aufgeführten Tatbestandsmerkmale zielen vor allem auf das bisherige Verhalten des Schuldners, welches für die Prognose seines zukünftigen Zahlungsverhaltens an Bedeutung gewinnt. Da zur Preisermittlung auch Daten über den Schuldner aus Auskunftsteilen eingeholt werden, verändert sich der Aussagegehalt entsprechend.

4.2 § 28a Abs. 2 BDSG

§ 28a Abs. 2 BDSG erlaubt nun die Zulässigkeit der Übermittlung von Positivmerkmalen an Auskunftsteile. Die Erlaubnis der Übermittlung gilt für die Begründung, ordnungsgemäße Durchführung und Beendigung eines Bankgeschäfts, wobei aber nur solche nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 8, 9 KWG (also Gelddarlehen, Kreditgeschäfte [Nr. 2], Übernahme von Bürgschaften, Garantieschäfte [Nr. 8], Girogeschäfte [Nr. 9]) erfasst sind. Bislang war dafür die Einwilligung der Betroffenen nötig. Da allerdings zunehmend die Wirksamkeit der erteilten Einwilligungserklärungen, insbesondere mit Blick auf die Freiwilligkeit der Einwilligung, in Frage gestellt wurde,⁴⁵⁾ beendet die neue Regelung diese Unsicherheit. Einzig, wenn die Übermittlung der Merkmale den Interessen des Betroffenen im Verhältnis zu den Interessen der Auskunftsteile offensichtlich zuwider laufen, muss eine Übermittlung unterbleiben. Die

43) Koch, MMR 1998, 458.

44) BT-Drucks. 16/10529, S. 14.

45) Vgl. BT-Drucks. 16/10529, S. 15.

Gesetzesbegründung nennt hierzu als Beispiel eine bedrohte Person, die verhindern möchte, dass ihre aktuellen Adressdaten bekannt werden.⁴⁶⁾ Widersprechen kann der Betroffene der Übermittlung nun nicht mehr. Im Vergleich zu der bisherigen Rechtslage sind die Auskunfteien hier wesentlich besser gestellt. Allerdings gibt es Einschränkungen bei der Zulässigkeit der Übermittlung von Daten im Zusammenhang mit Girokonten, die keine Überziehung erlauben (§§ 28a Abs. 2 Satz 3 BDSG). § 28a Abs. 2 Satz 4 BDSG untersagt die Übermittlung von Informationen, die während Vertragsverhandlungen erlangt wurden, selbst wenn der Betroffene in die Übermittlung eingewilligt hat.

Für den Handel mit NPL-Paketen bedeutet dies, dass die über Auskunfteien für eine Wertermittlung zur Verfügung stehenden Daten grundsätzlich reichhaltiger werden. Die vorgesehene Rechtslage erlaubt damit eine differenziertere Einschätzung der Werthaltigkeit von NPL-Paketen als die bisherige Rechtslage.

5. Scoring, § 28b BDSG

Weitreichende Änderungen ruft der neue § 28b BDSG hervor. Dieser erlaubt nun die Verwendung von Scoringverfahren. Die Rechtmäßigkeit der Verwendung solcher Verfahren war bislang zwar nach herrschender Auffassung gegeben, letztlich aber nicht unumstritten. Insofern ist diese Streitfrage nun zu Gunsten des Scoringverfahrens geklärt.

Von § 28b BDSG wird lediglich das Scoring, also das Erheben eines Wahrscheinlichkeitswertes für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Betroffenen, „zum Zwecke der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen“ erfasst. Die NPL, die Gegenstand dieses Beitrags sind, sind aber bereits gekündigt und das Vertragsverhältnis damit beendet. Folglich greift ab Kündigung der Forderung der § 28b BDSG nicht mehr ein.

6. Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, § 29 Abs. 6, 7 BDSG

Mit der dritten Novelle des BDSG wird § 29 BDSG im Zuge der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie⁴⁷⁾ um die Abs. 6 und 7 erweitert.⁴⁸⁾

6.1 Diskriminierungsfreie Auskunft, § 29 Abs. 6 BDSG

In § 29 Abs. 6 BDSG wird die Gleichbehandlung von Darlehensgebern aus dem EU-Ausland für Auskunftsverlangen normiert. Die Stelle, die „geschäftsmäßig personenbezogene Daten, die zur Bewertung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern genutzt werden dürfen, zum Zweck der Übermittlung erhebt, speichert oder verändert“ hat Auskunftsverlangen aus dem EU-Ausland diskriminierungsfrei gegenüber Anfragen von inländischen Darlehensgebern zu behandeln. Die Norm statuiert damit Pflichten von Datenbankbetreibern, bei denen sich Darlehensgeber zur Bewertung der Kreditwürdigkeit von potenziellen Darlehensnehmern bereits vor Kreditvergabe bedienen.⁴⁹⁾

Gegenstand dieses Beitrags, der Handel mit NPL, sind allerdings bereits gekündigte Kredite. § 29 Abs. 6 BDSG bezieht sich auf die Situation vor der Kreditgewährung und greift somit für den Handel mit NPL nicht.

6.2 Auskunftsanspruch des Betroffenen, § 29 Abs. 7 BDSG

§ 29 Abs. 7 BDSG regelt den Anspruch des Betroffenen auf Information über die Datenbankabfrage. Der Anspruch ist primär gegen den Darlehensgeber gerichtet, kann aber auch von der Stelle, die die Auskunft erteilt hat, erfüllt werden.⁵⁰⁾ Die Norm greift jedoch nur ein, wenn der Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags i. S. d. § 491 Abs. 1 BGB abgelehnt wird.⁵¹⁾

Die Norm bezieht sich auf die Ablehnung eines Kredits und den daraus resultierenden Auskunftsanspruch. Die notleidenden Kredite wurden jedoch bereits gekündigt. Daher ist § 29 Abs. 7 BDSG nicht einschlägig.

7. Ausweitung der Auskunftsrechte, § 34 BDSG

Die neue Fassung des § 34 BDSG sieht eine beträchtliche Ausweitung der Auskunftsansprüche des Betroffenen vor. Damit soll das Scoring transparenter gestaltet werden. In der Tat mag dadurch die Akzeptanz des Verfahrens gesteigert werden.

7.1 Erweiterung des Auskunftsanspruchs, § 34 Abs. 2 BDSG

Eine bedeutsame Erweiterung des Auskunftsanspruchs ist in § 34 Abs. 2 BDSG vorgesehen. Da in den Fällen, in denen der Betroffene mit einer anonymen Vergleichsgruppe verglichen wurde, im Nachhinein keine Auskunft über den so berechneten Score eingeholt werden konnte, da dieser nur auf Abruf, nicht aber dauerhaft gespeichert wurde, muss ihm gemäß der neuen Fassung des § 34 Abs. 2 BDSG die Möglichkeit gegeben werden, diese auf Abruf berechneten Daten auch noch im Nachhinein einzusehen.⁵²⁾ Dies soll ihm unentgeltlich ermöglicht werden. Die somit erweiterten Kontrollmöglichkeiten des Betroffenen liegen auf der Hand.

Dabei kann der Betroffene seine Auskunft grundsätzlich über die entscheidende Stelle einholen. Daraus folgt die Pflicht der verarbeitenden Stelle (i. d. R. der Auskunftei), die Daten dieser zu diesem Zwecke zur Verfügung zu stellen. Eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn die entscheidende Stelle ihre Entscheidung ausschließlich auf den durch die andere Stelle berechneten Score stützt. Dann kann das Kreditunternehmen den Betroffenen an die Auskunftei verweisen. Sobald also ein Score für die Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses verwendet wird, hat der Betroffene entweder einen Auskunftsanspruch

46) BT-Drucks. 16/10529, S. 15.

47) Richtlinie 2008/48/EG.

48) BR-Drucks. 639/09.

49) BT-Drucks. 16/11643, S. 140.

50) BT-Drucks. 16/11643, S. 140.

51) BT-Drucks. 16/11643, S. 140.

52) Vgl. BT-Drucks. 16/10529, S. 17.

über den berechneten Scorewert und die ihm zu Grunde gelegten Daten gegen die Stelle, die den Score zur Entscheidungsfindung herangezogen hat (dies ist der Grundsatz) oder gegen die Stelle, die den Score berechnet hat (wenn die entscheidende Stelle auf die andere Stelle verweist). Diese Daten müssen allerdings nicht alle einzeln aufgelistet werden, sondern lediglich dergestalt, dass der Betroffene sich ein Bild von der Entscheidungsfindung machen und bei Bedarf in diese eingreifen kann.⁵³⁾

Der Auskunftspflicht nach § 34 Abs. 2 BDSG kommt für den Handel mit NPL-Paketen keine primäre Bedeutung zu. Gegenstand des Beitrags sind nur bereits gekündigte NPL, sodass § 28b BDSG nicht anwendbar ist, weil das Vertragsverhältnis mit dem Betroffenen bereits gekündigt ist. Damit läuft aber der § 34 Abs. 2 BDSG ins Leere, da er zwingend an ein Scoringverfahren gem. § 28b BDSG anknüpft. Folglich kommt § 34 Abs. 2 BDSG für den Handel mit NPL-Paketen so gut wie keine Bedeutung zu.

7.2 Erweiterung des Auskunftsanspruchs bei Übermittlungszweck, § 34 Abs. 4 BDSG

Es besteht ein Auskunftsrecht der Betroffenen, wenn geschäftsmäßig personenbezogene Daten zum Zweck der Übermittlung erhoben, gespeichert oder verändert werden. Soweit in einem NPL-Preisermittlungsprozess eine dritte Stelle eingeschaltet wird, die diese Voraussetzungen erfüllt, besteht hier eine Auskunftspflicht. Die Voraussetzungen können etwa bei der Berechnung von Scores durch eine andere Stelle erfüllt sein. Solche Stellen sind regelmäßig Auskunftfeien, was für Beteiligte beim NPL-Handel jedoch eine untergeordnete Rolle spielt.

8. Meldepflicht bei automatisierter Datenverarbeitung

Wird automatisierte Datenverarbeitung nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG angewendet, so bestand bislang eine Meldepflicht über den Einsatz automatisierter Datenverarbeitung, wenn entweder kein Datenschutzbeauftragter bestellt worden ist oder die verantwortliche Stelle personenbezogene Daten für eigene Zwecke erhoben hat, verarbeitet oder nutzt und hierbei höchstens neun Personen mit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung dieser Daten beschäftigt sind gemäß § 4d BDSG a. F. Zusätzlich muss nach der bisherigen Rechtslage entweder eine Einwilligung der Betroffenen vorliegen oder die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit den Betroffenen dienen.⁵⁴⁾ Die Voraussetzungen für ein Eingreifen der Meldepflicht sind nun heraufgesetzt worden. Zukünftig entfällt gemäß § 4d Abs. 3 BDSG n. F. die Meldepflicht, wenn die verantwortliche Stelle personenbezogene Daten für eigene Zwecke erhebt, verarbeitet oder nutzt. Dabei dürfen dann *in der Regel* höchstens neun Personen *ständig* mit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten beschäftigt sein. Zudem muss entweder eine Einwilligung der Betroffenen vorliegen oder die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechts-

geschäftähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich sein.

Laut § 4d Abs. 4 BDSG n. F. besteht die Meldepflicht allerdings weiterhin, wenn es sich um eine automatisierte Verarbeitung handelt, in der geschäftsmäßig personenbezogene Daten zum Zweck der Übermittlung (Nr. 1) bzw. der Übermittlung in anonymisierter Form (Nr. 2) gespeichert werden.⁵⁵⁾ Zusätzlich zu der nach wie vor bestehenden Meldepflicht muss bei automatisierter Datenverarbeitung ein Datenschutzbeauftragter gemäß § 4f Abs. 1 Satz 6 BDSG n. F. bestellt werden.⁵⁶⁾ Im Bereich der automatisierten Datenverarbeitung wird es somit keine Entschärfung der Meldepflicht geben.

Ein Einfluss auf den Handel mit NPL-Paketen ist kaum ersichtlich. Die Änderung würde sich nur dann auswirken, wenn eine Stelle innerhalb des Prozesses personenbezogene Daten für eigene Zwecke erhebt, verarbeitet oder nutzt und damit in der Regel maximal neun Personen ständig beschäftigt sind. Dies kann bei der Inanspruchnahme von Dienstleistern (bspw. Due-Diligence-Dienstleister) eventuell der Fall sein. Da diese aber keine Dritten sind, steht einer Speicherung zum Zweck der Übermittlung dem Tatbestand des § 4d BDSG auch nicht entgegen.

III. Zusammenfassung

Der Handel mit notleidenden Krediten ist nach derzeitiger Rechtslage rechtlich zulässig. Die dingliche Abtretung von NPL-Paketen ist in jedem Fall wirksam. Als spezielle Regelung geht das Bankgeheimnis dem subsidiären BDSG vor. Es unterliegt keiner Interessenabwägung (entsprechend) § 28 BDSG. Allerdings hat das Kreditinstitut aus § 242 BGB einen Anspruch gegen den Schuldner auf Befreiung vom Bankgeheimnis. Eine Berufung des Schuldners auf das Bankgeheimnis ist im Übrigen rechtsmissbräuchlich. Damit ist die Weitergabe von Daten an den Käufer und auch an einen Due-Diligence-Dienstleister zulässig. Ebenso ist die Verarbeitung der Daten beim Käufer auf Grund überwiegender berechtigter Interessen des Käufers rechtmäßig.

Die BDSG-Reform führt zu wenigen Auswirkungen auf den Handel mit notleidenden Krediten. Bei der Übermittlung von Daten an Auskunftfeien gibt es durch den neuen § 28a Abs. 1 BDSG mehr Rechtssicherheit, da nun klargestellt wird, welche Negativmerkmale übermittelt werden dürfen. Da nach dem neuen § 28a Abs. 2 BDSG auch Positivmerkmale übermittelt werden dürfen, kann die Einschätzung der Werthaltigkeit von notleidenden Krediten präziser und damit besser werden. Der Regelung zum Scoring (§ 28b BDSG) wie auch den Ergänzungen des § 29 BDSG kommt kaum Relevanz zu, da davon nur die Zeiträume von der Begründung bis zur Beendigung bzw. vor der Begründung eines Vertrages mit dem Kunden erfasst wird und die NPL bereits gekündigt sind und das Vertragsverhältnis damit beendet wurde.

53) BT-Drucks. 16/10529, S. 17.

54) *Gola/Schomerus* (Fußn. 25), § 4d Rz. 7.

55) *Gola/Schomerus* (Fußn. 25), § 4d Rz. 8; *Petri*, in: *Simitis* (Fußn. 25), § 4d Rz. 15.

56) *Gola/Schomerus* (Fußn. 25), § 4d Rz. 8.