

Bankgeheimnis und Datenschutz bei der Übertragung von Kreditportfolien und Beteiligungen

Seminar M&A im Banken- und Sparkassensektor

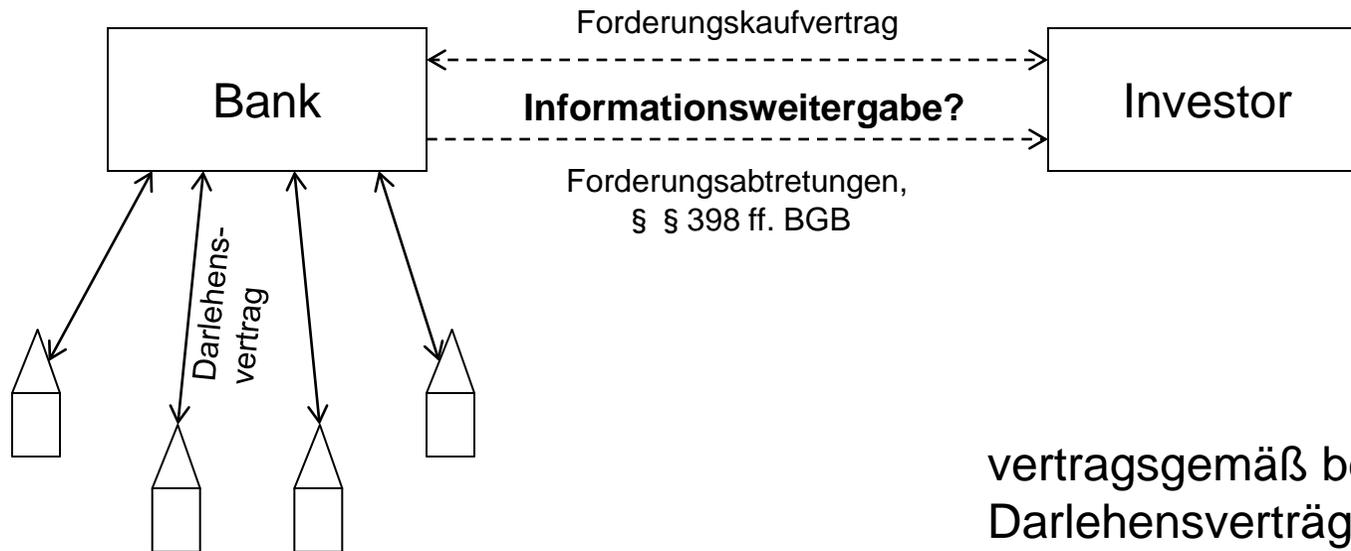
Praxisprobleme und Lösungen

Frankfurt am Main, 5. Februar 2013

BINGHAM

The logo for Bingham consists of the word "BINGHAM" in a bold, orange, sans-serif font. A vertical orange line extends downwards from the center of the letter "A".

Fall 1: “Performing Loans” Privatkunden



Darlehensnehmer

vertragsgemäß bediente
Darlehensverträge,
sog. **“Performing Loans”**

Fall 1 (2) Bankgeheimnis

- Bankgeheimnis (privatrechtliches Bankkundengeheimnis)
 - keine Legaldefinition, allgemein übliche Definition
 - ***Pflicht, Verschwiegenheit über alle Tatsachen und Werturteile bezüglich persönlicher und wirtschaftlicher Verhältnisse eines Kunden zu wahren, von denen das Kreditinstitut Kenntnis erlangt***
 - Inhalt und Grenzen grds. durch Kundenwille bestimmt
 - “public domain” – auch öffentlich bekannte Informationen erfasst
- Weitergabe anonymisierter Daten mit Vertraulichkeitsverpflichtung zulässig

Fall 1 (3) Datenschutz

- Datenschutz nach Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)
 - wohl h.M.: Bankgeheimnis / Datenschutz sind nebeneinander anzuwenden
 - Schutz personenbezogener Daten
 - Legaldefinition, § 3 Abs. 1 BDSG

Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener)

grds. nicht erfasst insbes.

- anonymisierte oder aggregierte Daten
- Angaben über juristische Personen

Fall 1 (4) Datenschutz

- Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten reguliert

- “Übermitteln”

Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten

- Verbreitung der in Daten enthaltenen Informationen entscheidend

- “Speichern”

Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einen Datenträger zum Zweck ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung

Fall 1 (5) Unzulässigkeit ohne Einwilligung

- § 4 Abs. 1 BDSG: Verbot mit Erlaubnisvorbehalt
 - Einwilligung Betroffener
 - Zulässigkeitsregelung durch Rechtsvorschrift

- Folge:
 - ohne Einwilligung** Bankkunde / Betroffener
 - Informationsweitergabe unzulässig wegen Bankgeheimnis / Datenschutz
 - sowohl in Due Diligence-Phase, als auch nach erfolgter Abtretung

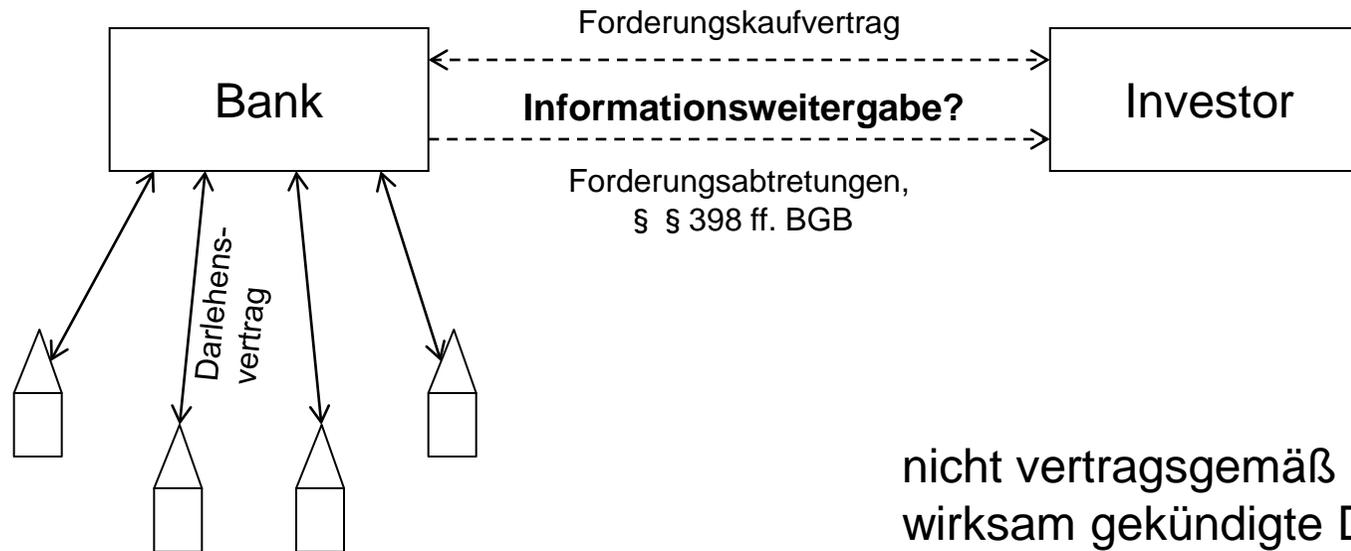
Fall 1 (6) Rechtsfolgen bei Verstoß

- insbesondere
 - Schadenersatz aus Vertragsverletzung / Verletzung BDSG
 - außerordentliches Kündigungsrecht bei Unzumutbarkeit
 - Herausgabe / Vernichtung übermittelter Informationen
 - Unterlassungsanspruch Informationsübermittlung
- spezielle datenschutzrechtliche Sanktionen
 - Bußgeld
 - Geld- oder Freiheitsstrafe
 - Hinweis: Verschärfung Entwurf EU-Datenschutz-Grundverordnung
 - z.B. Geldbußen gegen Unternehmen, je nach Verstoß von bis zu zwei Prozent des weltweiten Jahresumsatzes

Fall 1a: Unternehmenskredit Einwilligung

- Möglichkeit der Einholung der Einwilligung zur Informationsweitergabe
 - unmittelbar vor Transaktionsbeginn?
 - aufgrund Zeit- und Kostenaufwand / Bekanntwerden Veräußerungsabsicht kaum praxistauglich für Portfoliotransaktionen
 - ausdrücklich bei Vertragsschluss?
 - grds. möglich bezüglich Bankgeheimnis, auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, allerdings ist Transparenzgebot zu beachten
 - grds. nicht möglich für datenschutzrechtliche Einwilligung (bei Unternehmenskrediten allerdings i.d.R. nicht relevant), da Anforderungen § 4a BDSG / zudem Widerrufsmöglichkeit

Fall 2: “Non-Performing Loans”



Darlehensnehmer

nicht vertragsgemäß bediente,
wirksam gekündigte Darlehensverträge,
sog. “**Non-Performing Loans**”

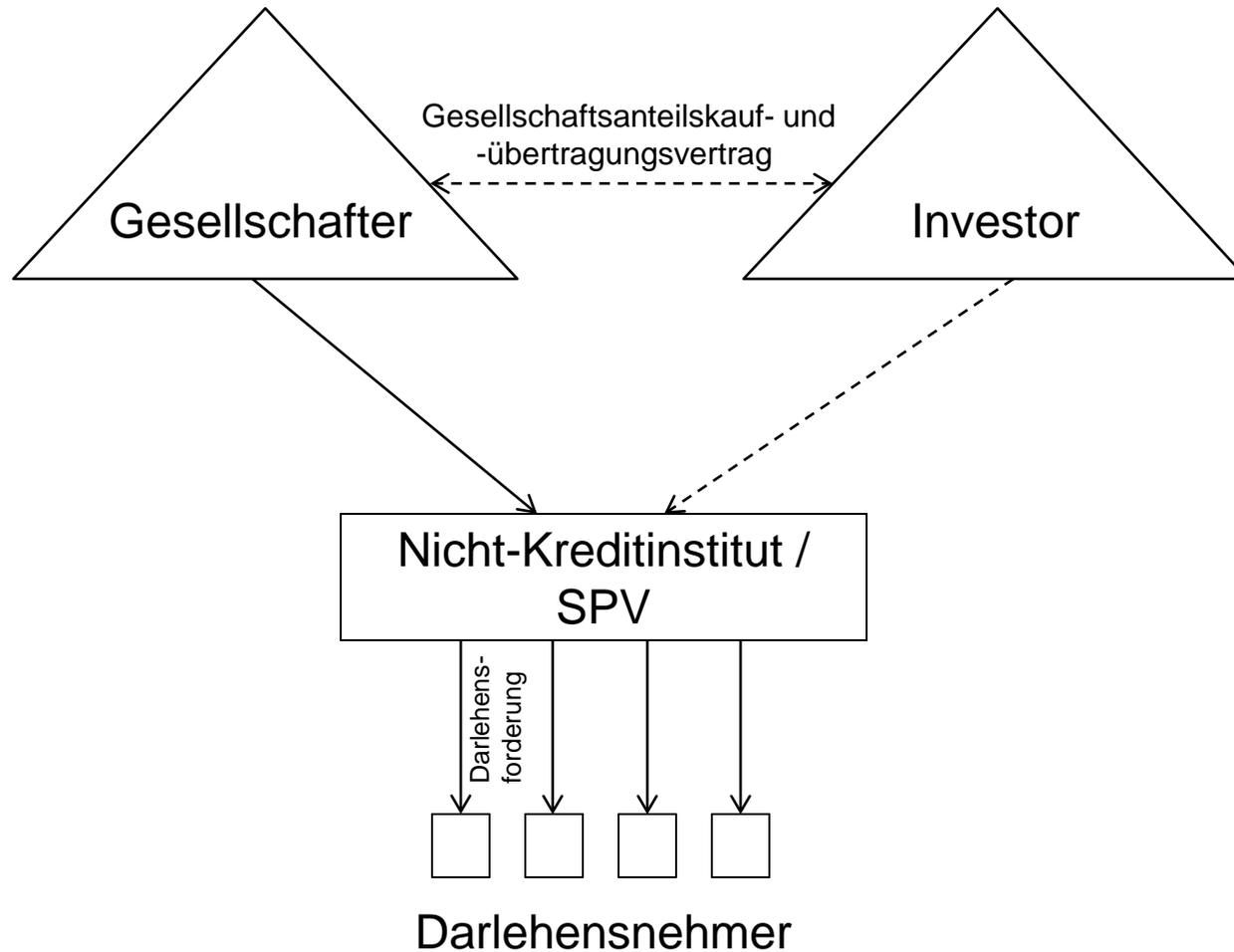
Fall 2 (2) vertragswidriges Verhalten

- Weitergabe erforderlicher Informationen ist wegen vertragswidrigen Verhaltens des Kreditnehmers zulässig, da
 - Vertragstreue immanente Grenze des Bankgeheimnis ist
 - Einwand Bankgeheimnisverstoß aufgrund des eigenen vertragswidrigen Verhaltens rechtsmissbräuchlich wäre, § 242 BGB
 - Datenübermittlung nach § 28 Abs. 1 BDSG aufgrund berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle zulässig ist
 - Abwägungsentscheidung zugunsten des Kreditgebers ausfällt, weil vorrangiges Interesse an Risikosteuerung / Forderungsverwertung besteht, hinter welches Bankgeheimnis / Recht auf informationelle Selbstbestimmung im konkreten Fall zurücktreten müssen

Fall 2 (3) wirksame Kündigung

- Voraussetzungen
 - Zahlungsverzug und wirksame Kündigung Kreditvertrag
 - wirksame Kündigung Kreditvertrag und Zahlungsverzug
- strittig, ob Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzugs ohne Kündigungserklärung bereits ausreichend ist für Interessenabwägung
- zu beachten: § 498 BGB – spezielle Rückstandsquoten für Teilzahlungs-Verbraucherdarlehensverträge

Fall 3: Gesellschafterwechsel



Fall 3 (2) “Nicht-Kreditinstitut”

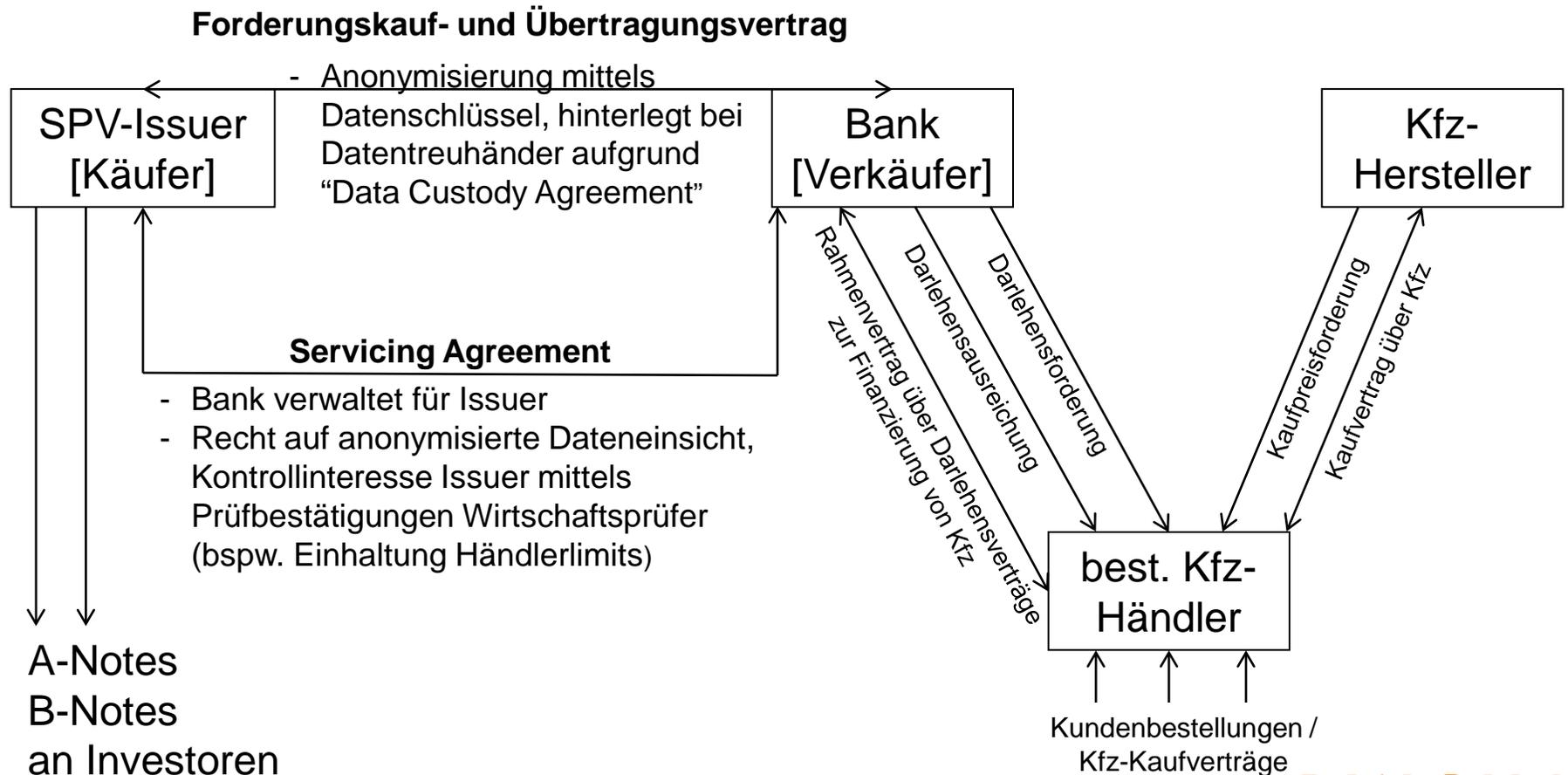
- “Share Deal”
 - Bankgeheimnis und Datenschutz ebenso relevant für Informationsweitergabe
 - auch hier Unterscheidung zwischen Performing / Non-Performing Loans
- Informationsweitergabe durch “Nicht-Kreditinstitut”, z.B. Zweckgesellschaft
 - “Bankgeheimnis” anwendbar?
 - h.M. Vertrauenshaftung aufgrund Geschäftsverbindung / Rücksichtnahmeverpflichtung ggü. Vertragspartner
 - Bankgeheimnis gilt entsprechend

Fall 3a: Spaltung Umwandlungsgesetz

- partielle Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 UmwG
 - Vermögensübergang von übertragendem auf übernehmenden Rechtsträger gemäß Spaltungs- und Übernahmevertrag
 - z.B. Abspaltung zur Aufnahme nach § 123 Abs. 2 UmwG auf Investor-SPV
- Unternehmensumstrukturierungen
 - zulässige Durchbrechung Bankgeheimnis / Datenübermittlung aufgrund gesetzgeberischer Wertung UmwG / Erforderlichkeit Datenübermittlung
- **aber:**
 - nicht in erfolgsoffener Due Diligence-Phase, erst nach Eintragung Spaltung im Register des übertragenden Rechtsträgers (Vermögensübergang)
 - nicht zur missbräuchlichen Umgehung Bankgeheimnis / Datenschutz bei vertragsgemäß bedienten Darlehen

Fall 4: Asset Backed Securities (ABS)

“True Sale-Factoring”



Fall 4 (2) Rundschreiben 4/1997

- Rundschreiben 4/1997 vom 19. März 1997 Bundesamt für Kreditwesen
(jetzt: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin))
- Entbehrlichkeit ausdrücklicher Kundeneinwilligung bei Verbriefungen
 - Kreditabwicklung zedierendes Kreditinstitut mittels Einziehungsermächtigung als “Service Agent”
 - Weitergabe schuldnerbezogener Daten an Erwerber nicht erforderlich
- Ersetzung “Service Agent” möglich bei Insolvenz / Vertragsverletzung

Fall 4 (3) Rundschreiben 4/1997

- nur verschlüsselte Datenweitergabe an Erwerber
 - Hinterlegung Entschlüsselungsdaten bei neutraler Stelle
 - Notar oder inländisches / EU / EWR – Kreditinstitut
- Datenweitergabe an erforderliche Dritte möglich bei
 - Anonymisierung und Vertraulichkeitsverpflichtung
 - z.B. Ratingagentur / Wirtschaftsprüfer

Hinweis 1: Abtretungsausschluss?

- Abtretungsausschluss aufgrund Bankgeheimnis / Datenschutz?
 - BGH, Urteil v. 27. Februar 2007 (XI ZR 195/05)
Kein Abtretungsverbot aus Bankgeheimnis oder BDSG,
Verstöße führen nicht zur Unwirksamkeit der Forderungsabtretung,
ggf. aber zu Anspruch auf Schadenersatz
 - BVerfG, Beschluss v. 11. Juli 2007 (1 BvR 1025/07)
Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Auffassung des BGH, dass
die Abtretung einer Darlehensforderung trotz einer möglichen Verletzung
vertraglicher oder datenschutzrechtlicher Regelungen wirksam ist
 - BGH, Urteil v. 27. Oktober 2009 (XI ZR 225/08)
Bankgeheimnis ist kein von § 203 StGB geschütztes “Geheimnis”

Hinweis 2: Datentransfer ins Ausland

- Zulässigkeit grenzüberschreitender Übermittlungen nach BDSG
 - EU / Europäischer Wirtschaftsraum (EWR)
 - Drittländer, insbesondere auch USA
 - § 4b Abs. 2 BDSG, Zwei-Stufen-Prüfung erforderlich
 - (1) Zulässigkeit nach Maßstab BDSG (d.h. insbes. § 28 BDSG)
 - (2) Angemessenheit des Schutzniveaus im Drittland
 - ggf. Ausnahmeregelungen (z.B. “Safe Harbor Grundsätze”, Standardvertragsklauseln, verbindl. Unternehmensregelungen)

Literaturhinweise:

- Cahn, Andreas: Bankgeheimnis und Forderungsverwertung, WM 2004, 2041 ff.
- Früh, Andreas: Abtretungen, Verpfändungen, Unterbeteiligungen, Verbriefungen und Derivate bei Kreditforderungen vor dem Hintergrund von Bankgeheimnis und Datenschutz, WM 2000, 497 ff.
- Gehrlein, Stefan: Die Veräußerung und Übertragung eines Kreditportfolios unter Berücksichtigung der Übertragungsstrukturen, des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes, Augsburg, Univ., Diss. 2006
- Nobbe, Gerd: Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, WM 2005, 1537 ff.
- Pabst, Kersten: Zur Reichweite der Verschwiegenheitspflicht im Kreditgewerbe, Köln, Univ., Diss. 2010
- Schaffland, Hans-Jürgen: Datenschutz und Bankgeheimnis bei Fusionen – (k)ein Thema?, NJW 2002, 1539 ff.
- Simitis, Spiros: Umwandlungen: ein blinder Fleck im Datenschutz?, ZHR 165 (2001)
- Teichmann, Arndt; Kiessling, Erik: Datenschutz bei Umwandlungen, ZGR 2001, 33 ff.
- Zöllner, Wolfgang: Umwandlung und Datenschutz, ZHR 165 (2001), 440 ff.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



Dr. Stefan Gehrlein

Bingham McCutchen LLP
Operturm
Bockenheimer Landstr. 2 - 4
60306 Frankfurt
www.bingham.com

E-Mail: stefan.gehrlein@bingham.com

Tel.: +49 69 67 77 66 0

BINGHAM

Beijing
Boston
Frankfurt
Hartford
Hong Kong
London
Los Angeles
New York
Orange County
Portland
San Francisco
Santa Monica
Silicon Valley
Tokyo
Washington

bingham.com

© 2013 Bingham McCutchen LLP

One Federal Street, Boston, MA 02110-1726

ATTORNEY ADVERTISING

To communicate with us regarding protection of your personal information or to subscribe or unsubscribe to some or all of Bingham McCutchen LLP's electronic and mail communications, notify our privacy administrator at privacyUS@bingham.com or privacyUK@bingham.com (privacy policy available at www.bingham.com/privacy.aspx). We can be reached by mail (ATT: Privacy Administrator) in the US at One Federal Street, Boston, MA 02110-1726 or at 41 Lothbury, London EC2R 7HF, UK, or at 866.749.3064 (US) or +08 (08) 234.4626 (international).

Bingham McCutchen (London) LLP, a Massachusetts limited liability partnership regulated by the Solicitors Regulation Authority (registered number: 00328388), is the legal entity which operates in the UK as Bingham. A list of the names of its partners and their qualifications is open for inspection at the address above. All partners of Bingham McCutchen (London) LLP are either solicitors or registered foreign lawyers.

Bingham McCutchen LLP, a Massachusetts limited liability partnership, is the legal entity which operates in Hong Kong as Bingham McCutchen LLP. A list of the names of its partners in the Hong Kong office and their qualifications is open for inspection at the address above. Bingham McCutchen LLP is registered with the Hong Kong Law Society as a Foreign Law Firm and does not advise on Hong Kong law. Bingham McCutchen LLP operates in Hong Kong in formal association with Roome Puhar, a Hong Kong partnership which does advise on Hong Kong law.

This communication is being circulated to Bingham McCutchen LLP's clients and friends. It is not intended to provide legal advice addressed to a particular situation. Prior results do not guarantee a similar outcome.