DIGITALES ARCHIV

ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
ZBW – Leibniz Information Centre for Economics

Overbeck, Alice

Thesis

Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring

Provided in Cooperation with:
ZBW Open Access

Reference: Overbeck, Alice (2017). Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring. Münster (Westf.) : MV Wissenschaft : Münster (Westf.) : WWU Münster.
urn:nbn:de:hbz:6-43219671684.

This Version is available at:
http://hdl.handle.net/11159/784

Kontakt/Contact
ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft/Leibniz Information Centre for Economics
Düsternbrooker Weg 120
24105 Kiel (Germany)
E-Mail: *rights[at]zbw.eu*
https://www.zbw.eu/econis-archiv/

Standard-Nutzungsbedingungen:
Dieses Dokument darf zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen. Sofern für das Dokument eine Open-Content-Lizenz verwendet wurde, so gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

https://zbw.eu/econis-archiv/termsofuse

Terms of use:
This document may be saved and copied for your personal and scholarly purposes. You are not to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public. If the document is made available under a Creative Commons Licence you may exercise further usage rights as specified in the licence.

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

WWU
MÜNSTER

Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring

Alice Overbeck

Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von: Alice Overbeck
aus: Wesel
2016

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Thomas Hoeren
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Nikolaus Forgó
Dekan:	Prof. Dr. Janbernd Oebbecke
Tag der mündlichen Prüfung:	18.10.2016

Alice Overbeck

Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring

WWU
MÜNSTER

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 20

MV WISSENSCHAFT

Alice Overbeck

Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring

MV WISSENSCHAFT

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster
herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster
http://www.ulb.uni-muenster.de

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.
http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften

Alice Overbeck
„Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring“
Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 20

© 2017 der vorliegenden Ausgabe:
Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Imprint „Münsterscher Verlag für Wissenschaft“ der readbox publishing GmbH – readbox unipress
http://unipress.readbox.net

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-NC-SA 4.0 International' lizenziert: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.de

ISBN 978-3-8405-0153-1 (Druckausgabe)
URN urn:nbn:de:hbz:6-43219671684 (elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2017 Alice Overbeck
Alle Rechte vorbehalten

Satz: Alice Overbeck
Umschlag: readbox unipress

- Meinen Eltern -

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Sie wurde mit einem Promotionsstipendium der Konrad-Adenauer-Stiftung gefördert. Rechtsprechung und Literatur wurden bis März 2016 berücksichtigt.

Aus dem Kreise derer, die mich bei der Entstehung dieser Arbeit in vielfältiger Weise unterstützt haben, danke ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Hoeren, für eine lehrreiche und schöne Zeit am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (Zivilrechtliche Abteilung) und für seine Unterstützung bei der Entstehung der Dissertation. Bei Herrn Prof. Dr. Nikolaus Forgó möchte ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Des Weiteren bedanke ich mich herzlich bei Herrn Philip Uecker für seine Freundschaft, die Durchsicht des Manuskripts und seine konstruktiven Anmerkungen. Meiner Schwester Ilka danke ich von Herzen für Ihren Zuspruch und dafür, dass sie von Beginn an überzeugt war, dass die Dissertation einen erfolgreichen Abschluss finden wird. Mein ganz besonderer Dank gebührt allerdings Otis, der mich durch alle Höhen und Tiefen der Entstehungszeit der Dissertation begleitet hat, mit mir diskutiert und mir immer Mut zugesprochen hat, wenn es nötig war. Durch seinen Rückhalt und seine Liebe hat er wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern, Doris und Michael Overbeck, die mich in der Phase der Promotion wie zu jeder Zeit auf meinem Lebensweg vorbehaltlos und tatkräftig unterstützt haben.

Düsseldorf, Februar 2017

Alice Overbeck

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Grundlagen 1

A. Einleitung 1

B. Ausgangslage 6

I. Akteure der Bonitätsprüfung mittels Scoring 6

1. Kreditinstitute und andere Unternehmen 7

a) Kreditinstitute 7

aa) Basel I-III 7

bb) Funktion der Kreditinstitute im Scoringverfahren 9

b) Andere Unternehmen 10

2. Wirtschaftsauskunfteien 10

a) Begriff 11

b) Sonderfall *SCHUFA* 12

c) Kunden 13

d) Aufgaben/Dienstleistungen 14

3. Der von der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung Betroffene (gescorte Person) 14

4. Verhältnis der Akteure 15

II. Bonitätsprüfung als Zweck des Scoring 16

1. Interessen der Akteure 16

a) Kreditinstitute und andere Unternehmen 16

b) Wirtschaftsauskunfteien 17

c) Betroffener 18

aa) Transparenz 19

bb) Qualitätskontrolle 20

cc) Berichtigungsmöglichkeit 20

dd) Datenrelevanz 20

ee) Objektivität der Daten 21

ff) Keine Diskriminierung 21

(1) Anwendbarkeit des AGG 23
(2) Rechtfertigung gemäß § 20 AGG 26
(3) Zwischenergebnis zum AGG 27
2. Gesetzliche Vorgaben 28
a) Pflicht zum Scoring 28
b) Durchführung des Scoring 30
III. Methodik des Scoring zur Bonitätsprüfung 30
1. Festlegung der Prämisse 31
2. Bildung von Scorekarten 32
3. Berechnung des Scorewertes 32
4. Übermittlung des Scorewertes an das anfragende (Kredit-)Unternehmen 33
IV. Datenarten 33
1. Personendaten 33
2. Positivdaten 34
3. Negativdaten 35
a) Harte Negativdaten 35
b) Weiche Negativdaten 36
4. Kritik an der Unterscheidung zwischen Positiv- und Negativdaten 36
5. Anfragedaten 37
6. Sonstige Daten 38
V. Datenquellen 38
1. Einmeldung durch Kreditinstitute und andere Unternehmen 38
a) Einholung von freiwilliger Selbstauskunft des Betroffenen 39
b) Eigene Datenbestände zu laufenden Verträgen 40
2. Register, Verzeichnisse und öffentliche Bekanntmachungen 41
a) Schuldnerverzeichnis 41
aa) Inhalt des Schuldnerverzeichnisses 41
bb) Einsichtnahme in das Schuldnerverzeichnis 42

b) Register, Bücher und öffentliche Bekanntmachungen 43
3. Internet 44
4. Sonstige Medien 45

2. Teil: Datenschutzrechtliche Untersuchung 47
A. Anwendbares Datenschutzrecht 47
I. Anwendungsbereiche nationaler Datenschutzgesetze 49
1. Räumlicher Anwendungsbereich des BDSG 49
2. Sachlicher Anwendungsbereich des BDSG 50
a) Personenbezug der erhobenen, verarbeiteten und genutzten Daten, § 3 Abs. 1 BDSG 50
aa) Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse 51
(1) Der Scorewert als personenbezogenes Datum 52
(2) Zwischenergebnis zum Personenbezug des Scorewertes 53
bb) Natürliche Person 53
(1) Scorewertberechnungen für juristische Personen 56
(2) Scorewertberechnungen für Personenmehrheiten 57
cc) Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit 58
(1) Personenbezug der Vergleichsgruppen aus dem Datensatz 60
(2) Zwischenergebnis zur Bestimmbarkeit 61
b) Zwischenergebnis zum Personenbezug 62
II. Anwendungsbereich der europäischen DS-GVO[TRILOG] 62
1. Räumlicher Anwendungsbereich 63
2. Sachlicher Anwendungsbereich 64
a) Personenbezogene Daten 64
aa) Alle Informationen 65
bb) Natürliche Person 65
cc) Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit 65
(1) Anonyme Daten nach der DS-GVO[TRILOG] 67
(2) Personenbezug der anonymen Vergleichsgruppen 68

b) Kein Ausschlussgrund 70
c) Zwischenergebnis zur sachlichen Anwendbarkeit 70
B. Datenverarbeitende Stelle 70
I. Verantwortliche Stelle, § 3 Abs. 7 BDSG 71
1. Abgrenzung Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung 72
2. Voraussetzungen der Auftragsdatenverarbeitung 73
3. Einordnung der Wirtschaftsauskunfteien 74
4. Zwischenergebnis zur verantwortlichen Stelle 76
II. Für die Verarbeitung Verantwortlicher, Art. 4 Abs. 5 DS-GVO[TRILOG] 76
1. Wirtschaftsauskunfteien als Auftragsverarbeiter oder für die Verarbeitung Verantwortlicher 77
2. Zwischenergebnis zum für die Verarbeitung Verantwortlichen 78
C. Zulässigkeit der Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen beim Scoring nach nationalen Gesetzen 78
I. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, § 4 Abs. 1 BDSG 80
II. Schritte der Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen beim Scoring 80
1. Phasenmodell nach Ehmann und Helfrich 81
2. Datenerhebung durch Kreditinstitute und andere Unternehmen (Phase I) 81
a) Erlaubnisnormen 82
aa) § 10 KWG 83
(1) § 10 Abs. 2 KWG als Erlaubnisnorm für Kreditinstitute 84
(a) Institute 87
(b) Betroffene Personen 88
(c) Erheben und Verwenden 89
(d) Kumulative Erhebungsvoraussetzungen der Nr. 1 bis 3 ... 90

(aa) Wissenschaftlich anerkanntes Verfahren und Erheblichkeit der Daten ... 90
(bb) Erforderlichkeit zum Aufbau und Betrieb und zur Entwicklung und Weiterentwicklung interner Ratingsysteme ... 91
(cc) Ausgeschlossene Daten ... 91
(e) Erlaubnisnorm für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ... 92
(f) Datenquellen ... 92
(g) Übermittlung der Daten ... 92
(h) Informationspflicht ... 93
(aa) Informationspflicht gemäß § 4 Abs. 3 BDSG ... 93
(bb) Benachrichtigungspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG ... 94
(2) Effektivitätsanalyse ... 95
(3) Effizienzanalyse ... 97
(a) Effizienz aus der Sicht der Kreditinstitute ... 97
(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien ... 98
(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen ... 98
bb) § 91 Abs. 2 AktG als Erlaubnisnorm für Aktiengesellschaften ... 99
cc) § 28 Abs. 1 BDSG ... 100
(1) Abgrenzung zu § 29 Abs. 1 BDSG ... 100
(2) Voraussetzungen ... 101
(a) Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ... 102
(b) Rechtsgeschäfte mit dem Betroffenen (Nr. 1) ... 102
(c) Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle (Nr. 2) ... 103
(d) Allgemein zugängliche Daten oder Veröffentlichungsbefugnis (Nr. 3) ... 105
(aa) Daten aus sozialen Netzwerken ... 105

(bb) Zwischenergebnis zu Daten aus sozialen Netzwerken 107
(e) Zweckbindung 107
(f) Erhebung besonderer Arten personenbezogener Daten 109
(g) Informationspflichten 109
(3) Effektivitäts- und Effizienzanalyse 110
(a) Effektivität 110
(b) Effizienz 111
(aa) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen 111
(bb) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien 112
(cc) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen 112
b) Einwilligung des Betroffenen 112
aa) Verhältnis der Einwilligung zu den Erlaubnisnormen 112
bb) Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung 114
(1) Formale Voraussetzungen 115
(a) Höchstpersönlichkeit und Einwilligungsfähigkeit 115
(b) Schriftform 116
(c) Hervorhebung 118
(2) Inhaltliche Voraussetzungen 119
(a) Freiwilligkeit 119
(b) Informationspflicht 121
(c) Bestimmtheit 122
(d) Besondere Arten personenbezogener Daten 122
cc) Effektivitäts- und Effizienzanalyse 123
(1) Effektivität 123
(2) Effizienz 125
(a) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen 125
(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien 125

(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen 125
dd) Zwischenergebnis zur Einwilligung 126
3. Datenübermittlung an die Wirtschaftsauskunfteien (Phase II)..... 127
a) Erlaubnisnormen 127
aa) § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG..... 127
bb) § 28a BDSG 129
(1) Übermittlung bei säumiger Forderung, § 28a Abs. 1 BDSG 129
(2) Effektivitäts- und Effizienzanalyse 135
(a) Effektivität 135
(b) Effizienz..... 138
(aa) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen 138
(bb) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien 138
(cc) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen 139
(3) Übermittlung von Positivdaten durch Kreditinstitute, § 28a Abs. 2 BDSG 139
(4) Effektivitäts- und Effizienzanalyse 141
(a) Effektivität 141
(b) Effizienz..... 143
(aa) Effizienz aus der Sicht der Kreditinstitute 143
(bb) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien 143
(cc) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen 144
(5) Nachberichtspflicht, § 28a Abs. 3 BDSG..... 144
cc) § 29 Abs. 1 BDSG für Datenerhebungen und -speicherungen durch Wirtschaftsauskunfteien..... 145
(1) Effektivitätsanalyse 148
(2) Effizienzanalyse..... 148

(a) Effizienz aus der Sicht der (Kredit)Unternehmen 148
(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien 149
(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen 149
b) Einwilligung 149
4. Datenumgang in Form der Scorewertberechnung, Phase III 150
a) Erlaubnisnorm, § 29 Abs. 1 BDSG 150
b) Einwilligung 152
c) Zulässigkeit gemäß § 28b BDSG 153
aa) Wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren (Nr. 1) 154
bb) Offenbarung der Scoreformel gegenüber der Aufsichtsbehörde 156
cc) Erheblichkeit der genutzten Daten (Nr. 1) 156
dd) Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 29 BDSG (Nr. 2) ... 159
ee) Keine ausschließliche Nutzung von Anschriftendaten (Nr. 3) 160
ff) Unterrichtung des Betroffenen bei der Nutzung von Anschriftendaten (Nr. 4) 162
gg) Effektivitäts- und Effizienzanalyse 163
(1) Effektivität 163
(2) Effizienz 164
(a) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen 164
(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien 165
(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen 166
5. Übermittlung des Scorewertes an das anfragende (Kredit-)Unternehmen (Phase IV) 166
a) Erlaubnisnormen § 29 Abs. 2 und § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG 166
aa) Informationspflicht, § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG 168
bb) Effektivitäts- und Effizienzanalyse 169

(1) Effektivität 169
(2) Effizienz 170
(a) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen 170
(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien 170
(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen 171
b) Einwilligung 172
6. Verarbeitung und Nutzung des beauskunfteten Scorewertes durch das (Kredit-)Unternehmen im Rahmen der Entscheidung über einen Vertragsschluss (Phase V) 172
a) Verbot der automatisierten Einzelentscheidung, § 6a BDSG 173
b) Unterrichtungspflicht bei Vertragsablehnung, § 29 Abs. 7 BDSG 174
D. Berichtigungs-, Löschungs- und Sperrungspflichten der Wirtschaftsauskunfteien 175
I. Unrichtige Daten 176
II. Sonstige Daten 177
1. Merkmal der Restschuldbefreiung 179
2. Merkmal der Eintragung in das Schuldnerverzeichnis 181
E. Betroffenenrechte 181
I. Berichtigungs- Löschungs- und Sperrungsanspruch 181
II. Auskunftsanspruch 182
1. Auskunftsanspruch gegen (Kredit-)Unternehmen, § 34 Abs. 2 BDSG 183
2. Auskunftsanspruch gegen Wirtschaftsauskunfteien, § 34 Abs. 4 BDSG 184
3. Form 186
4. Umfang der Auskunft 186
a) Auskunft über die genutzten Datenarten 186
b) Auskunft über das Zustandekommen der Wahrscheinlichkeitswerte 188

5. Kosten 192
6. Effektivitäts- und Effizienzanalyse 192
a) Effektivität 192
b) Effizienz 193
III. Schadensersatzanspruch 193
IV. Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch 195
V. Widerspruchsrecht 196
VI. Verbandsklagerecht 197
F. Zwischenfazit 199
I. Mangelnde Kontrollen der Datenqualität 199
II. Informationspflichten greifen zu kurz 200
III. Keine Beschränkung der zulässigen Datenarten 200
IV. § 28a Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 BDSG als Einfallstor für unrichtige Daten 201
V. Einmeldung von Bankdaten ausbaufähig 202
VI. Lücken und Überregulierung bei der Nachberichtspflicht 203
VII. Mangelnde Personalausstattung der Aufsichtsbehörden 204
VIII. Kein Schutz vor willkürlichen Scorewerten 204
IX. Löschungspflichten greifen zu kurz 205
X. Auskunftsrecht ermöglicht keine Überprüfungen 206
XI. Rechtsweg zu kostenintensiv und langwierig 206

3. Teil: Abgrenzung Datenschutzrecht und Verbraucherschutzrecht 207

A. Schutzgüter 208
I. Datenschutzrecht 208
1. Verankerung des Datenschutzrechts 209
2. Schutzgut des Datenschutzrechts 212
II. Verbraucherschutzrecht 213
1. Verankerung des Verbraucherschutzrechts 213

2. Schutzgut des Verbraucherschutzrechts 216
B. Schutzsubjekte 217
I. Der Betroffene im Datenschutzrecht 217
II. Der Verbraucher im Verbraucherschutzrecht 218
C. Regelungsmaterien 220
D. Abgrenzung 220
I. Verbraucher- und wettbewerbsschützende Funktion des Datenschutzrechts 222
1. Auseinandersetzung mit den Argumenten für eine verbraucherschützende Funktion des Datenschutzrechts 223
2. Auseinandersetzung mit den Argumenten für eine wettbewerbsschützende Funktion des Datenschutzrechts 226
3. Stellungnahme 229
II. Regelungsgrund bestimmt Regelungsort 229
E. Dogmatische Einordnung des Scoring 231
F. Zwischenergebnis zur Abgrenzung des Datenschutzrechts vom Verbraucherschutzrecht 234

4. Teil: Reformvorschläge 237

A. Erweiterte Informationspflicht gegenüber Verbrauchern 237
B. Stichproben- und Schlüssigkeitsüberprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien 240
C. Strengere Einmeldevoraussetzungen in § 28a Abs. 1 Nr. 4 und 5 BDSG 241
D. Qualifizierung von Verstößen gegen § 28a Abs. 1 BDSG zu Ordnungswidrigkeiten 242
E. Aufhebung der Beschränkungen bei der Übermittlung von Bankdaten 243
F. Umfassende Nachberichtspflicht 244
G. Verbesserte Ausstattung der Aufsichtsbehörden 245
H. Schutz vor willkürlichen Scorewerten durch Festlegung einer Mindestdatenanzahl 245

I. Parallelvorschrift zu § 28b Nr. 1 BDSG für Unternehmensscoring.....247
J. Schnellere und gründlichere Prüfung der Erforderlichkeit der Löschung von Daten.....248
K. Aktive Auskunftspflicht nach Geltendmachung von Ansprüchen gemäß § 35 BDSG durch den Betroffenen.....249
L. One-Stop-Shop für Auskunftserteilung auf Basis freiwilliger Selbstverpflichtung.....250
M. Einführung datenschutzrechtlicher Schlichtungsstellen.....251

5. Teil: Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung.....253

A. Verarbeitung von Daten durch (Kredit-)Unternehmen.....253
I. Einwilligung.....254
1. Unmissverständliche Willensbekundung, Art. 4 Abs. 8 Erwägungsgrund 25 DS-GVO[TRILOG].....255
2. Nachweispflicht, Art. 7 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG].....255
3. Erkennbarkeit und Verständlichkeit, Art. 7 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG].....255
4. Widerruflichkeit, Art. 7 Abs. 3 DS-GVO[TRILOG].....256
5. Freiwilligkeit.....256
a) Keine Kopplung, Art. 7 Abs. 4 DS-GVO[TRILOG].....256
b) Echte Wahlfreiheit, Erwägungsgrund 32 DS-GVO[TRILOG].....258
c) Kein Ungleichgewicht, Erwägungsgrund 34 DS-GVO[TRILOG].....258
6. Mindestalter für die Einwilligung Minderjähriger, Art. 8 DS-GVO[TRILOG].....259
7. Einwilligung für besondere Kategorien personenbezogener Daten, Art. 9 DS-GVO[TRILOG].....259
8. Einwilligung als Legitimierung für Verarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen beim Scoring.....260
II. Erlaubnisnormen.....261
1. Vertragserfüllung, Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG].....262

2. Erfüllung rechtlicher Verpflichtung, Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] 262
3. Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe, Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] 263
4. Berechtigte Interessen, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] 265
a) Einmeldung von Negativdaten Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] 267
b) Einmeldung von Bankdaten, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] 268
c) Verarbeitung allgemein zugänglicher Daten, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] 269
d) Zwischenergebnis zur Verarbeitung von Negativdaten, Bankdaten und allgemein zugänglichen Daten 270
III. Verbot der automatisierten Einzelentscheidung einschließlich Profiling, Art. 20 DS-GVO[TRILOG] 271
1. Profiling und Scoring 271
2. Ausschließlich auf automatisierter Verarbeitung, einschließlich Profiling, beruhende Entscheidung 272
3. Ausnahmen, Art. 20 Abs. 1a DS-GVO[TRILOG] 273
a) Zur Vertragserfüllung erforderlich, Art. 20 Abs. 1a lit. a DS-GVO[TRILOG] 273
b) Nationale Rechtsvorschriften, Art. 20 Abs. 1a lit. b DS-GVO[TRILOG] 273
c) Ausdrückliche Einwilligung, Art. 20 Abs. 1a lit. c DS-GVO[TRILOG] 274
d) Heranziehung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, Art. 20 Abs. 3 DS-GVO[TRILOG] 274
IV. Zwischenergebnis zu den Erlaubnisnormen 274
B. Verarbeitung von Daten durch Wirtschaftsauskunfteien 276
I. Einwilligung 276
II. Erlaubnisnormen 276

1. Vertragserfüllung, Art 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG].....277
2. Erfüllung rechtlicher Verpflichtung, Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG].....277
3. Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe, Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG].....277
4. Berechtigte Interessen, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG].....278
a) Datenerhebungen und -speicherungen im Vorfeld der Scorewertberechnung.....279
aa) Grundsatz der „data minimisation“, Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG].....279
bb) Erforderlich zur Wahrung berechtigter Interessen.....280
b) Zwischenergebnis zu den Datenerhebungen im Vorfeld.....281
III. Vorschriften zum Scoringverfahren.....281
1. Empfehlungen aus Erwägungsgrund 58 DS-GVO[TRILOG].....282
2. Handlungsbedarf des deutschen Gesetzgebers.....282
IV. Zwischenergebnis Verarbeitung von Daten durch Wirtschaftsauskunfteien.....283
C. Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen.....284
I. Allgemeine Pflichten.....284
1. Allgemeine Grundsätze des Datenschutzrechts, Art. 5 DS-GVO[TRILOG].....284
2. Kompatibilitätstest bei Zweckänderung, Art. 6 Abs. 3a DS-GVO..285
3. Privacy by design and by default, Art. 23 DS-GVO[TRILOG].....286
4. Pflichten bei gemeinsamer Verantwortlichkeit, Art. 24 DS-GVO[TRILOG].....287
5. Dokumentationspflicht, Art. 28 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG].....287
6. Sicherheitsmaßnahmen, Art. 30 DS-GVO[TRILOG].....287
7. Datenschutzfolgeabschätzung, Art. 33 DS-GVO[TRILOG].....288
8. Betrieblicher Datenschutzbeauftragter, Art. 35 DS-GVO[TRILOG].....288
II. Informations- und Meldepflichten.....289

1. Meldung von Datenschutzverstößen, Art. 31, 32 DS-GVO[TRILOG] 289
2. Erhebung bei der betroffenen Person, Art. 14 DS-GVO[TRILOG] 289
a) Die zum Scoring verwendete Logik, Art. 14 Abs. 1a lit. h DS-GVO[TRILOG] 291
b) Möglichkeit der Information für (Kredit-)Unternehmen 292
3. Erhebung nicht bei der betroffenen Person, Art. 14a DS-GVO[TRILOG] 293
III. Löschungspflicht 294
IV. Mitteilungspflicht, Art. 17b DS-GVO[TRILOG] 296
V. Sanktionen 296
D. Betroffenenrechte 296
I. Löschungsanspruch, Art. 17 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] 297
II. Berichtigungsanspruch, Art. 16 DS-GVO[TRILOG] 297
III. Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, Art. 17a DS-GVO[TRILOG] 297
IV. Auskunftsanspruch, Art. 15 DS-GVO[TRILOG] 298
1. Umfang des Auskunftsanspruchs hinsichtlich Scoreformel 298
2. Entgeltlichkeit und Form des Auskunftsanspruchs, Art. 15 Abs. 1b DS-GVO[TRILOG] 299
3. Häufigkeit des Auskunftsanspruchs 299
V. Widerspruchsrecht, Art. 19 DS-GVO[TRILOG] 300
VI. Schadensersatzanspruch, Art. 77 DS-GVO[TRILOG] 301
VII. Verbandsklagerecht, Art. 76 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] 301
VIII. Recht zur Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde, Art. 73 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] 302
E. Effektivitäts- und Effizienzanalyse 303
I. Effektivität 303
II. Effizienz 305

1. Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien 305
2. Effizienz aus der Sicht der betroffenen Person 305
F. Zwischenergebnis zum Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung 306
I. Einwilligung 306
II. Erlaubnisnormen 307
III. Profiling 308
IV. Verfahrensanforderungen an das Scoring 308
V. Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen 309
VI. Betroffenenrechte 310
VII. Effektivitäts- und Effizienzanalyse 310

6. Teil: Zusammenfassung und Bewertung der Ergebnisse 311

A. Mangelnde Effektivität und Effizienz des Regelungsrahmens zum Scoring 311
I. Regelungslücken im deutschen Datenschutzrecht 312
II. Regelungslücken im europäischen Datenschutzrecht 314
B. Abgrenzung Datenschutz- und Verbrauchervertragsrecht 315
C. Vorschläge 317

Literaturverzeichnis 321

1. Teil: Grundlagen

A. Einleitung

Der Betreiber des Tante-Emma-Ladens und der Wirt der Dorfkneipe wissen, welcher Kunde bei ihnen anschreiben darf und welcher nicht. Wer seinen Deckel bisher zuverlässig bezahlt hat, dessen Zahlung wird erneut aufgeschoben. Für die Übrigen wird entweder wegen persönlicher Verbundenheit eine Ausnahme gemacht oder die Leistung wird nur bei direkter Barzahlung herausgegeben. Die persönliche Verbundenheit zwischen Anbieter und Kunden ist in vielen Branchen jedoch längst dem anonymen Massengeschäft gewichen. Gleichzeitig lässt das Bargeschäft nach und Ratenzahlungsangebote nehmen zu.[1] Das Darlehensgeschäft ist die Pulsader der funktionierenden Wirtschaft. Daher müssen vorleistende Anbieter wissen, wie zuverlässig ein (potentieller) Kunde seine Rechnungen zahlt. Nur wer ein nachhaltiges Risikomanagement verfolgt, kann sich langfristig am Markt halten. Das Scoring zum Zwecke der Bonitätsbewertung füllt die Wissenslücke des Anbieters über das Zahlungsverhalten des (unbekannten) Kunden.[2] Anhand von Daten über die Person, ihren Wohnort, Girokonten und laufende Kredite u. a. wird durch die Zuordnung zu einer Vergleichsgruppe ein Zahlenwert (sog. Scorewert) berechnet, der die Wahrscheinlichkeit prognostiziert, mit der die gescorte Privatperson oder das gescorte Unternehmen für ein konkretes Geschäft seiner Zahlungsverpflichtung nachkommen wird.[3]

Scoring kann neben der Bestimmung des Zahlungsverhaltens auch zur Berechnung der Wahrscheinlichkeit für andere Verhaltensweisen angewandt werden. Beim Werbescoring etwa wird die Kaufwahrscheinlichkeit bestimmter Personen(-gruppen) ermittelt, um die Werbeaktivitäten in Art und Umfang und hinsichtlich des Empfängerkreises gezielt auszurichten.[4] Gesetzliche Krankenkas-

---

1 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 79.

2 *Koch*, MMR 1998, 458 (458).

3 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 60 ff.; *Abel*, RDV 2006, 108 (108); *Petri*, DuD 2003, 631 (631); BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 9.

4 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 45.

sen nutzen Scoring zur Bestimmung der Erkrankungswahrscheinlichkeit bestimmter Personen(-gruppen).[5]

Diese Arbeit beschränkt sich auf das Scoring zum Zwecke der Bonitätsbewertung, da dieser Scorewert die Entscheidung über die Gewährung oder Nichtgewährung einer Leistung bestimmt. Die Folgen für die Lebensführung des Gescorten können dramatisch sein. Gleichzeitig ist das Scoring zur Bonitätsbewertung aufgrund seiner Schnelligkeit und Objektivität für Anbieter ein unverzichtbares Instrument. Denn ein wirksames Risikomanagement ist für Anbieter unerlässlich, um das eigene Insolvenzrisiko gering zu halten und die langfristige Erbringbarkeit einer Leistung zu vernünftigen Konditionen sicherzustellen – wovon wiederum alle Kunden profitieren. Auf einer breiten Datenbasis durchgeführtes Scoring ist geeignet, Kredite für mehr Interessenten zugänglich zu machen und somit die Kaufkraft zu steigern.[6] Scoring sichert daher die Vielfalt und den Wettbewerb am Markt. Eine empirische Studie zu Unternehmenskrediten in Deutschland belegt, dass Bonitätsauskünfte durch Wirtschaftsauskunfteien die Einschätzung von Ausfallrisiken deutlich verbessern.[7] Auch der EuGH attestiert den Wirtschaftsauskunfteien positive Auswirkungen auf den Kreditmarkt.[8]

Der Scorewert bestimmt dabei nicht nur die Entscheidung über das *Ob* eines Vertragsschlusses, sondern auch über das *Wie*, etwa über die Zinshöhe bei einem Kredit.[9] Abhängig vom Geschäftstyp werden außerdem unterschiedliche Scorewerte für ein und dieselbe Person oder dasselbe Unternehmen berechnet.[10] Beispiele für Anbieter, die typischerweise Scoring im Rahmen einer Vertragsentscheidung nutzen, sind Kreditinstitute, Telekommunikations- und Mobilfunkunternehmen, Versicherungsunternehmen, Vermieter und Online-

---

5 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 44.

6 *Barron/Staten*, in: Miller, Credit Reporting Systems and the international Economy 2003, 273 (304 ff.).

7 *Dierkes/Erner/Langer/Norden*, Journal of Banking and Finance 2013, Vol. 37, 2867 (2868).

8 EuGH, Urt. v. 23. 11. 2006, Az.: C-238/05, EuZW 2006, 753 (756), Rn. 47.

9 *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.1.2008, S. 11; ULD Schleswig-Holstein, Studie: Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 27.2.2006, S 19.

10 *Tinnefeld/Buchner/Petri*, S. 378; *Hoeren*, RDV 2007, 93 (94); *Kuhr*, Tipps zu Kreditauskunfteien, Verdacht auf Irrtum? Nachhaken!, Süddeutsche Zeitung, 30.1.2014, http://www.sueddeutsche.de/geld/tipps-zu-kreditauskunfteien-verdacht-auf-irrtum-nachhaken-1.1875916 (zuletzt abgerufen am 15.12.2015).

Versandhändler beim Rechnungskauf.[11] Erfolgt die Berechnung des Scorewertes durch den Anbieter selbst anhand der bei ihm vorhandenen Kundendaten, handelt es sich um internes Scoring.[12] Wird die Scorewertberechnung jedoch von einem dritten Unternehmen (Wirtschaftsauskunftei) durchgeführt, liegt externes Scoring vor.[13] Insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen sowie Start-Ups sind externe Scorewertberechnungen interessant, wenn ihre Kundendatenbanken nicht groß genug sind für eigene Einschätzungen. Es kommt auch vor, dass (Kredit-)Unternehmen den von ihnen beauftragten Wirtschaftsauskunfteien individuelle Vorgaben für die Scorewertberechnung machen.[14] Zwischen dem internen und externen Scoring kann es somit eine Reihe von Mischformen geben.[15] Darauf kommt es für die vorliegende Untersuchung im Einzelnen jedoch nicht an. Unter externem Scoring versteht diese Untersuchung die Scorewertberechnung durch Wirtschaftsauskunfteien, unabhängig davon, ob das scorewertanfragende (Kredit-)Unternehmen individuelle Vorgaben für die Berechnung gemacht hat oder nicht. Die Zahl der Wirtschaftsauskunfteien erhöht sich stetig.[16] Zu den bekanntesten Anbietern gehören *Bürgel*, *EOS*, *Arvato Infoscore*, *Creditreform* und die *SCHUFA*.[17] Sie bieten ein umfassendes Dienstleistungs-Portfolio im Bereich Kreditmanagement mit individuellen Spezialisierungen an. Diese Arbeit beschränkt die Untersuchung auf das von Wirtschaftsauskunfteien durchgeführte externe Scoring zum Zwecke der Bonitätsprüfung.

Die Untersuchung erfolgt unter der Prämisse, dass nur richtige und aussagekräftige Scorewerte für die Risikoeinschätzung von Bedeutung sind. Denn Scoringverfahren, die unrichtige oder nicht aussagekräftige Scorewerte hervorbringen, erhöhen das Insolvenzrisiko der Anbieter und gefährden somit den Wettbewerb.[18] Richtigkeit bedeutet hierbei nicht, dass der Scorewert die später tat-

---

11 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28b, Rn. 3; *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.1.2008, S. 56; BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 9.

12 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 57.

13 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 57.

14 *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (51).

15 *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (51).

16 *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.1.2008, S. 12.

17 Verbraucherzentrale Bundesverband, Hintergrundpapier: Verbraucher in Schubladen gesteckt, Scoring-Verfahren im Praxistest, Berlin 23.1.2008, http://www.vzbv.de/mediapics/scoring_hintergrundpapier_pk_23_01_08.pdf (zuletzt abgerufen am 15.12.2015).

18 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 40.

sächlich eintretende Zahlungswilligkeit und -fähigkeit eines Kunden vorhersagen muss. Das ist unmöglich. Ein Scorewert ist vielmehr dann richtig, wenn die Daten, die zu seiner Berechnung verwendet werden, richtig, vollständig und aktuell sind. Richtig sind die Daten dann, wenn sie der Wahrheit entsprechen.[19] An Aussagekraft fehlt es, wenn ein Scorewert aus falschen oder nur aufgrund eines einzigen (richtigen) Datums ermittelt wird. Die Rechtsprechung lehnt solche willkürlichen Scorewerte ab.[20] Es gilt: je mehr Daten in die Berechnung eines Scorewertes einfließen, desto höher ist seine Aussagekraft.[21] Laut einer Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz aus dem Jahr 2014, die sich auf eigene und fremde, zum Teil nicht repräsentative Erhebungen bezieht, liegt die relative Zahl der bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen unrichtigen Daten zwischen 24 % und 51 %.[22] Für gescorte Privatpersonen und Unternehmen ist dies ein großes Problem. Denn ein schlechter Scorewert führt dazu, dass Anbieter Vertragsabschlüsse verweigern oder nur zu ungünstigen Konditionen anbieten. Darin liegt eine erhebliche Einschränkung der Lebensführung des Gescorten. Diese Problemlage zeigt, dass das Scoring neben dem Datenschutzrecht auch eng mit dem Verbrauchervertragsrecht verknüpft ist. Gleichzeitig ist es für die Gesamtwirtschaft problematisch, wenn kreditunwürdige Personen fälschlicherweise einen zu guten Scorewert erhalten. Denn tritt die (unerkannt) erhöhte Zahlungsausfallwahrscheinlichkeit ein, kommt es zu Umsatzeinbußen bis hin zur Insolvenz der Anbieter.[23] Dieses Risiko kann nur durch eine Erhöhung der Preise für alle Kunden aufgefangen werden. Die Verhinderung unrichtiger und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte liegt daher im Interesse aller; des einzelnen Gescorten und der Gesamtwirtschaft.

Ziel dieser Arbeit ist die Unterbreitung von Reformvorschlägen zur Schaffung eines Regelungsrahmens für das externe Scoring, der unrichtige Scorewerte verhindert und aussagekräftige Scorewerte gewährleistet. Neben dem Datenschutzrecht kommt hierfür auch das Verbrauchervertragsrecht als geeigneter Regelungsort in Betracht. In der datenschutzrechtlichen Diskussion wird immer

---

19 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 35, Rn. 5; *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 170.

20 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 7.4.2015, Az.: 24 U 82/14, ZD 2015, 335 f.

21 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 24.

22 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 101.

23 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 40.

häufiger für eine Verwirklichung verbraucherschutzrechtlicher Ziele mittels Datenschutzgesetzen plädiert.[24] Datenschutzrecht wird gleichgesetzt mit Verbraucherschutzrecht.[25] Dem tritt diese Arbeit entgegen.

Die Arbeit gliedert sich in sechs Teile. Der erste Teil stellt die Grundlagen des externen Scoring, die Akteure, Interessen, Methoden und verwendeten Daten(-quellen) vor. Daraufhin erfolgt im zweiten Teil eine datenschutzrechtliche Untersuchung des bestehenden Regelungsrahmens für das externe Scoring. Hierbei wird insbesondere die Effektivität und Effizienz der bestehenden Vorschriften zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte überprüft. Effektiv sind gesetzliche Regelungen und außergesetzliche Instrumente, die geeignet sind, das Auftreten unrichtiger und nicht aktueller Daten bei der Scorewertberechnung zu verringern und die Aussagekraft des errechneten Scorewertes zu erhöhen. Effizient sind Regelungen, die den Aufwand zur Erreichung des Regelungsziels, unrichtige Scorewerte zu verhindern und aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten, für die beteiligten Akteure möglichst gering halten. Die Effizienzanalyse erfolgt somit nicht allein nach dem ökonomischen Ansatz, wonach *richtiges Recht* mehr nützt als es kostet.[26] Sie ist vielmehr untrennbar mit der Effektivitätsanalyse verknüpft, also mit dem Ziel, die Interessen aller beteiligten Akteure in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Dieser Teil schließt mit einem Zwischenfazit ab, das die bestehenden Regelungslücken ausweist. Im dritten Teil wird der geeignete Regelungsort zur Schließung der aufgezeigten Regelungslücken erörtert. Hierzu wird das Datenschutzrecht vom Verbraucherschutzrecht abgegrenzt. Anschließend werden Kriterien dafür festgelegt, ob eine Regelung zum Scoring im Datenschutz- oder im Verbraucherschutzrecht zu normieren ist. Konkrete Reformvorschläge zur Schaffung eines Regelungsrahmens, der unrichtige Scorewerte verhindert und aussagekräftige Scorewerte gewährleistet, werden im vierten Teil der Arbeit unterbreitet. Der fünfte Teil gibt einen Ausblick auf die Änderungen, die sich durch die europäische Datenschutz-Grundverordnung

---

24 Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, BT-Drucks. 18/4631, 15.4.2015.

25 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Einleitung, Rn. 97; *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449 (454); *Schröder*, Anm. zu OLG München, Urt. v. 12.1.2012, Az.: 29 U 3926/11, ZD 2012, 331 (332); *Weichert*, VuR 2006, 377 (378, 380).

26 *Baumann*, RNotZ 2007, 297 (297).

ergeben. Schließlich werden im sechsten Teil die Ergebnisse zusammengefasst und bewertet.

B. Ausgangslage

I. Akteure der Bonitätsprüfung mittels Scoring

In der Kreditwirtschaft sind an den externen Scoringverfahren zur Prüfung der Bonität eines Kunden klassischerweise drei Akteure beteiligt.[27] Dabei handelt es erstens um ein Kreditinstitut, das um einen Kredit angefragt wird, oder ein Unternehmen, das ein Geschäftsangebot mit Vorleistungspflicht erhält.[28] Dieses Kreditinstitut oder Unternehmen wendet sich dann seinerseits an den zweiten Akteur in der Kreditwirtschaft, an die Wirtschaftsauskunfteien, um Auskünfte über den potentiellen Kreditnehmer oder Kunden einzuholen.[29] Schließlich ist der Kreditanfragende oder Kunde der dritte Beteiligte.[30] Der Vollständigkeit halber sind als weiterer Akteur in der Kreditwirtschaft die Inkassounternehmen zu nennen. Ihre Dienstleistungen im Bereich der Forderungseintreibung sind vor allem im Falle des Zahlungsausfalls bei einem Kreditnehmer oder Kunden von Bedeutung. Dann werden sie zeitlich gesehen erst nach der Durchführung der hier zu untersuchenden Bonitätsprüfung, im Falle der Störung eines bereits abgeschlossenen Geschäfts, tätig. Inkassounternehmen sind jedoch auch schon im Vorfeld von Bonitätsprüfungen aktiv, indem sie, ebenso wie Kreditinstitute und andere Unternehmen, bonitätsrelevante Daten über Privatpersonen und Unternehmen an Wirtschaftsauskunfteien übermitteln.[31]

---

27 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 25 f.

28 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 25 f.

29 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 25 f.

30 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 25 f.

31 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 45; *Abel*, RDV 2009, 147 (149).

1. Kreditinstitute und andere Unternehmen

Bei den Kreditinstituten und anderen Unternehmen entsteht der Anlass für das Erfordernis einer Bonitätsprüfung. An sie tritt der Kunde mit dem Wunsch nach einem Geschäftsabschluss heran.

a) Kreditinstitute

Als Kreditinstitute werden umgangssprachlich Banken verstanden. Nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 KWG handelt es sich dabei um Unternehmen, die gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben. Welche Tätigkeiten unter den Begriff des *Bankgeschäfts* fallen, ist in § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 12 KWG definiert. Auf das quantitative Verhältnis von Bankgeschäften zu Nichtbankgeschäften kommt es für die Einordnung als Kreditinstitut nicht an.[32] Der Gesetzgeber legt damit ein weites Begriffsverständnis zugrunde.

aa) Basel I-III

Die Kreditinstitute sind nach den Eigenkapitalvorschriften des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht aus den Jahren 1988, 2004 und 2010, die unter den Termini Basel I bis Basel III zusammengefasst werden, zum Risikomanagement angehalten.[33] Dabei handelt es sich um Empfehlungen, die in die Gesetzgebung auf europäischer und nationaler Ebene Eingang gefunden haben.[34] Die Vorschläge aus Basel III (A global framework for more resilient banks and banking systems[35]) hat der europäische Gesetzgeber in zwei Regelwerke umgesetzt: die „Kapitaladäquanzverordnung über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen“ (CRR)[36] und die „Kapitaladäquanzrichtlinie über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen“ (CRD IV)[37].[38] Wie die zuvor maß-

---

32 *Schäfer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 1, Rn. 8.

33 *Ehrmann*, Risikomanagement in Unternehmen, S. 53.

34 *Ehrmann*, Risikomanagement in Unternehmen, S. 217.

35 http://www.bis.org/publ/bcbs189.htm (zuletzt abgerufen am 12.1.2016).

36 VO-EU Nr. 575/2013, ABl. EU Nr. L 176/1 v. 27.6.2013.

37 RL-EU 2013/36/EU, ABl. EU Nr. L 176/338 v. 27.6.2013.

geblichen Bankenrichtlinie[39] und die Kapitaladäquanzrichtlinie[40] unter der Bezeichnung CRD zusammengefasst wurden, werden unter der Bezeichnung CRD IV nun üblicherweise beide Regelwerke (CRR und CRD IV) verstanden.[41] Während die CRD IV als Richtlinie jeweils in nationales Recht umgesetzt werden musste, um Geltung in Deutschland und den anderen Mitgliedstaaten zu erlangen, gilt die CRR als Verordnung unmittelbar in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.[42] Ziel der bankenaufsichtsrechtlichen EU-Gesetzgebung ist die Verhinderung weiterer Finanzkrisen.[43]

Kernstück der Regelung ist die Sicherstellung ausreichender Eigenmittelhinterlegungen der Kreditinstitute, um im Insolvenzfall die Gläubiger der Institute zu schützen.[44] Das Kreditrisiko, das die Institute durch die Vergabe von Krediten an Unternehmen und Privatpersonen eingehen, stellt gemäß Art. 107 Abs. 1 CRR einen Faktor dar, der für die Bestimmung der angemessenen Höhe der hinterlegten Eigenmittel eines Instituts zu berücksichtigen ist. Weitere Faktoren sind etwa alle Vermögenswerte, die das Kernkapital des Instituts ausmachen[45], das operationelle Risiko und das allgemeine Marktrisiko[46]. Zur Ermittlung des Kreditrisikos sind nach § 107 Abs. 1 CRR zwei Verfahren zugelassen: Die Anwendung des in der CRR vorgesehenen Standardansatzes oder des „auf internen Ratings basierenden Ansatz[es]“[47] (IRB-Ansatz). Der Begriff *Rating* wird in den Vorschriften als Oberbegriff für Systeme verwendet, die eine Klassifizierung zukünftiger Kreditrisiken für die Institute ermöglichen.[48] Interne Risikomessverfahren bedürfen der vorherigen Zulassung durch die zuständige Aufsichtsbehörde, die berechtigt ist, zusätzliche Anforderungen festzulegen.[49] Das Scoring zur Bonitätsprüfung stellt ein mögliches Verfahren dar, um ein im

---

38 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, Vor. § 10, Rn. 3.

39 RL-EG 2006/48/EG, ABl. EU Nr. L 177/1 v. 30.6.2006.

40 RL-EG 2006/49/EG, ABl. EU Nr. L 177/201 v. 30.6.2006.

41 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, Vor. § 10, Rn. 3.

42 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, Vor. § 10, Rn. 4.

43 Pressemitteilung des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht vom 7.9.2009 „Comprehensive response to the global banking crisis“, http://www.bis.org/press/p090907.htm (zuletzt abgerufen am 15.12.2015).

44 *Boos*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 10, Rn. 12.

45 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, Vor. § 10, Rn. 17 ff.

46 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 55.

47 *Kokemoor*, in: Beck/Samm/Kokemoor, § 10, Rn. 157b.

48 *Becker/Böttger/Müller*, DStR 2012, 1197 (1197).

49 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 32 f.

Rahmen der Kreditvergabe bedeutsames Merkmal – das statistische Zahlungsausfallrisiko eines Unternehmens oder einer Privatperson – abzubilden.[50] Es wird daher als Teil der internen Risikomessverfahren eingesetzt.[51] Zur Bestimmung des Kreditrisikos werden von den Kreditinstituten ferner beispielsweise Jahresabschlüsse und Kontodaten vergangenheitsorientiert sowie andere Informationen zukunftsorientiert ausgewertet.[52]

bb) Funktion der Kreditinstitute im Scoringverfahren

Nach den gesetzlichen Vorgaben werden Kreditinstitute, die den IRB-Ansatz wählen, zur Durchführung von Ratingverfahren zur Ermittlung der angemessenen Höhe ihrer Eigenmittelausstattung verpflichtet. Kreditausfallrisiken bilden im Rahmen des Risikomanagements von Kreditinstituten ein wichtiges Kriterium für die Ermittlung der notwendigen Eigenkapitalhinterlegung. Dabei ermöglichen Wirtschaftsauskunfteien durch externe Scorings eine objektive und standardisierte Möglichkeit zur Ermittlung dieser Kreditrisiken.[53] Die Funktion der Kreditinstitute liegt beim externen Scoring in der Erhebung der bonitätsrelevanten Daten beim Kreditanfragenden und deren Übermittlung („Einmelden“[54]) an die Wirtschaftsauskunfteien.[55] Ferner nutzen sie den von einer Wirtschaftsauskunftei errechneten Scorewert im Rahmen der Entscheidung über den Abschluss eines Kreditgeschäfts.[56] Inwieweit das *Ob* und *Wie* der Kreditvergabe in der Praxis schließlich von dem eingeholten Scorewert oder auch von anderen Kriterien abhängig gemacht wird, bestimmt sich nach der Vergabepraxis der Kreditinstitute im Einzelfall.[57]

---

50 *Becker/Böttger/Müller*, DStR 2012, 1197 (1200).

51 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 62.

52 *Becker/Böttger/Müller*, DStR 2012, 1197 (1197).

53 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28b, Rn. 1a.

54 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 1.

55 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 25.

56 *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.1.2008, S. 11; ULD Schleswig-Holstein, Studie: Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 27.2.2006, S 19.

57 *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (51).

b) Andere Unternehmen

Neben Kreditinstituten nutzen auch andere Unternehmen die Scorewertberechnung durch Wirtschaftsauskunfteien, um die Entscheidung über das Zustandekommen oder die Ausgestaltung eines Geschäfts zu erleichtern. Scoring zum Zwecke der Prüfung der Bonität potentieller Kunden ist für Unternehmen interessant, die ihren Kunden gegenüber vorleistungspflichtig sind. Beispielhaft zu nennen sind hier Versandhändler, Telekommunikationsunternehmen, Wohnungs- und Versicherungswirtschaft.[58] Für diese Unternehmen kann Scoring in Bezug auf verschiedene Verhaltensweisen von Bedeutung sein. Diese Untersuchung beschränkt sich jedoch auf das Scoring zur Prüfung der Bonität, mithin zur Ermittlung der Wahrscheinlichkeit einer Zahlungsverzögerung oder eines Zahlungsausfalls eines potentiellen Kunden. Dies ist gerade im Hinblick auf den wachsenden Online-Versandhandel relevant.[59] Für die Kunden von Online-Versandhändlern wird der Einsatz des Scoring nur transparent, wenn für den Kauf auf Rechnung die Zustimmung zur Einholung einer Bonitätsauskunft gefordert wird.

2. Wirtschaftsauskunfteien

Die Berechnung der Scorewerte wird beim externen Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien vorgenommen. Diese sammeln Daten über natürliche Personen und Unternehmen aus unterschiedlichen Datenquellen und erzeugen hierdurch gigantische Datenpools. Jede Wirtschaftsauskunftei legt ihrer Scorewertberechnung ein eigenes System der Auswertung und Gewichtung der verwendeten bonitätsrelevanten Merkmale, die sog. Scoreformel, zugrunde.[60] Der Scorewert wird von Auskunftei zu Auskunftei unterschiedlich in einem absoluten Zahlen- oder einem Prozentwert ausgedrückt.[61] Die Scoreformel bleibt dem Betroffenen und den Kunden der Auskunftei unbekannt, es handelt sich nach Ansicht des Bundesgerichtshofs um ein Geschäftsgeheimnis.[62]

---

58 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28b, Rn. 3; *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.1.2008, S. 56; BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 9.

59 *Taeger*, BB 2007, 785 (785).

60 *Wäßle/Heinemann*, MMR 2010, 600 (602).

61 *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.1.2008, S. 15.

62 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (307)

a) Begriff

Der Begriff der *Wirtschaftsauskunfteien* taucht in den Datenschutzgesetzen nicht auf. Das Gesetz kennt jedoch in den §§ 28a, 28b, 29 BDSG und im Gewerberecht, § 38 Abs. 1 GewO, die *Auskunfteien*, ohne diesen Begriff zu definieren.[63] Die Gesetzesbegründung legt ein Begriffsverständnis zugrunde, dessen Merkmale zuvor von *Ehmann* herausgearbeitet wurden.[64] Danach ist „unter Auskunftei […] grundsätzlich ein Unternehmen zu verstehen, das unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Anfrage geschäftsmäßig bonitätsrelevante Daten über Unternehmen und Privatpersonen sammelt, um sie bei Bedarf seinen Geschäftspartnern für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit des Betroffenen gegen Entgelt zugänglich zu machen."[65] Diese Untersuchung spricht spezifischer von *Wirtschaftsauskunfteien*, da es sich beim Scoring zur Bonitätsprüfung um eine Tätigkeit handelt, die von wirtschaftlicher Natur ist.[66] In Abgrenzung zu Warndiensten sammeln Wirtschaftsauskunfteien sowohl positive als auch negative bonitätsrelevante Informationen über Privatpersonen und Unternehmen, Warndienste beschränken sich auf die Erhebung negativer Merkmale.[67]

Eine Meinungsverschiedenheit besteht darüber, ob das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit für den Auskunfteienbegriff im Sinne des BDSG zwingend ist.[68] Während Geschäftsmäßigkeit nur ein Handeln erfordert, das auf eine gewisse Dauer ausgelegt ist, verlangt das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit ein Handeln gegen Entgelt.[69] *Duhr* lehnt letzteres als Begriffsmerkmal für die datenschutzrechtlichen Regelungen ab und verlangt gewerbsmäßige Tätigkeit nur für Auskunfteien im Sinne des Gewerberechts.[70] Dem stellen sich *Peilert*[71] und *Ehmann*[72] entgegen mit dem Argument, dass die den Auskunfteien bei der Datenverarbeitung vom BDSG gewährte privilegierte Stellung nur haltbar sei, wenn

---

63 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 82.

64 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 83, 84.

65 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 9.

66 *Duhr*, in: Roßnagel, Teil 7.5, Rn. 1.

67 *Tinnefeld/Buchner/Petri*, S. 373 f.

68 *Ehmann*, in: Simitis: § 29, Rn. 85 ff.

69 *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 6 f.

70 *Duhr*, in Roßnagel, Teil 7.5, Rn. 4.

71 *Peilert*, Das Recht des Auskunftei- und Detekteigewerbes, S. 65.

72 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 87.

sie gleichzeitig der Gewerbeüberwachung gemäß § 38 GewO unterlägen. Dies begründen Letztere mit den erheblichen Folgen, die ein Tätigwerden durch Auskunfteien für den Betroffenen haben kann, wenn dessen Kreditwürdigkeit in Zweifel gezogen wird.[73]

Im Hinblick darauf, dass Vertragsschlüsse über Wirtschaftsgüter von zentraler Bedeutung für die Lebensführung, wie eine Mietwohnung oder ein Mobiltelefon, von der positiven Auskunft durch Wirtschaftsauskunfteien abhängen können, ist der Forderung nach gewerbsmäßiger Tätigkeit zuzustimmen. Von dem Auskunfteien-Begriff des BDSG werden daher nur die gewerbsmäßig tätigen Unternehmen erfasst. Eine Zulassungs- oder Akkreditierungspflicht besteht für Wirtschaftsauskunfteien nicht, sodass auch keine abschließende Liste der in der Bundesrepublik tätigen Auskunfteien existiert.[74] Gemäß § 4d Abs. 1 BDSG besteht jedoch die allgemeine Meldepflicht für nicht-öffentliche Stellen, die Daten in automatisierten Verfahren verarbeiten.[75] Diese Meldepflicht gilt für Wirtschaftsauskunfteien auch dann, wenn ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter bestellt wurde oder höchstens neun Personen mit den Datenverarbeitungen betraut sind, § 4d Abs. 4 Nr. 1 BDSG.[76]

b) Sonderfall *SCHUFA*

Die *SCHUFA* Holding AG ist die wohl bekannteste deutsche Wirtschaftsauskunftei. Sie wurde 1927[77] in Wiesbaden als Kreditschutzgemeinschaft gegründet. Als solche würde sie ebenso wie die nicht gewerblich tätigen Warndienste[78] nicht unter den Auskunfteien-Begriff fallen.[79] Das Tätigkeitsprofil der *SCHUFA* hat sich jedoch mit der Zeit gewandelt, sodass heute ein breites Angebot von entgeltlichen Dienstleistungen besteht, das weit über die bloße Boni-

---

73 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 87.; *Peilert*, Das Recht des Auskunftei- und Detekteigewerbes, S. 65.

74 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 104.

75 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 104.

76 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 104.

77 https://www.schufa.de/de/private/unternehmen/unternehmenstartseite.jsp (zuletzt abgerufen am 15.12.2015).

78 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 110.

79 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 90.

tätsauskunft hinausgeht.[80] Mit Stand von Dezember 2015 bietet die *SCHUFA* für den B2B-Bereich verschiedene, entgeltliche Dienstleistungen in den Bereichen Bonität, Fraud Prevention & Compliance, Adressen und Software & Dienstleistungen an.[81] Für den B2C-Bereich werden ebenfalls verschiedene Dienstleistungen angeboten.[82] Ferner sind im Jahr 2000 die bis dahin bestehenden acht regionalen *SCHUFA*-Gesellschaften, die in der Rechtsform einer GmbH geführt wurden, zur heutigen *SCHUFA*-Holding Aktiengesellschaft verschmolzen.[83] Vor diesem Hintergrund ist die *SCHUFA* als Wirtschaftsauskunftei einzuordnen.

c) Kunden

Die Wirtschaftsauskunfteien bieten Dienstleistungen für Kreditinstitute und andere Unternehmen, mithin für Firmenkunden, an. Bei den Vertragspartnern der Wirtschaftsauskunfteien handelt es sich hauptsächlich um Kreditinstitute und Unternehmen, die ihrerseits ihren Kunden gegenüber vorleistungspflichtig sind.[84] Teilweise enthält das Leistungsportfolio aber auch Angebote für Privatkunden wie Auskünfte über Unternehmen, um Privatkunden zu ermöglichen sich über potentielle Vertragspartner zu informieren.[85] Die *SCHUFA* beispielsweise richtet sich mit dem Internetportal www.meineschufa.de direkt an Privatkunden und hat auch aus der gesetzlichen Auskunftspflicht ein Geschäftsmodell gemacht. Nach § 34 Abs. 4, 8 BDSG besteht ein Auskunftsanspruch des Betroffenen, wonach die Auskunft einmal jährlich kostenlos zu gewähren ist. Darüber hinaus, bietet die *SCHUFA* verschiedene kostenpflichtige Auskünfte an, mittels derer Privatpersonen in unterschiedlichem Umfang die zu ihrer Person gespeicherten Daten regelmäßig abfragen und sich über Änderungen ihres Datenbestandes informieren lassen können.[86]. Diese Auskünfte dürfen von den

---

80 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 142; *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.10.2008, S. 21.

81 https://www.schufa.de/de/unternehmenskunden/leistungen/ (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

82 https://www.meineschufa.de/index.php (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

83 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 91; https://www.schufa.de/de/private/unternehmen/geschichtederschufa/geschichtederschufa.jsp (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

84 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 28.

85 https://www.meineschufa.de/ (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

86 https://www.meineschufa.de/index.php?site=60_3 (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

Privatkunden selbst auch an potentielle Vertragspartner ausgehändigt werden. Um das Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien, die sich die von ihnen erteilten Auskünfte an ihre Firmenkunden abgelten lassen, nicht durch kostenlose Auskünfte an Privatpersonen zu unterwandern[87], hat der Gesetzgeber die kostenlose gesetzliche Auskunftspflicht auf eine einmal jährliche Auskunft begrenzt, § 38 Abs. 8 S. 2 BDSG.

d) Aufgaben/Dienstleistungen

Das Kerngeschäft der Wirtschaftsauskunfteien ist das Angebot von Bonitätsauskünften über Privatpersonen und Unternehmen. Solche Auskünfte können durch die Weitergabe von bonitätsrelevanten Informationen oder durch die Übermittlung der für den Betroffenen errechneten Scorewerte gegeben werden.[88] Die wenigsten Wirtschaftsauskunfteien am Markt beschränken ihr Dienstleistungsangebot jedoch auf die bloße Erteilung von Bonitätsauskünften. Es werden darüber hinaus andere Dienstleistungen im Bereich Risikomanagement, aber verbreitet auch in Bereichen wie Inkasso, Adressermittlung, Zahlungsabwicklung, Forderungskauf und Rechnungsverarbeitung angeboten.[89] Diese Untersuchung beschränkt sich auf eine Überprüfung der Bonitätsprüfung durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring.

3. Der von der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung Betroffene (gescorte Person)

Als letzter Akteur in der Kreditwirtschaft ist der Betroffene zu nennen, über den Daten erhoben und für die Scorewertberechnung verarbeitet und genutzt werden.[90] Der Betroffene löst durch seine Vertragsanfrage bei (Kredit-)Unternehmen den Entscheidungsprozess aus, in dessen Rahmen Scoring

---

87 *Tinnefeld/Buchner/Petri*, S. 381.

88 *Tinnefeld/Buchner/Petri*, S. 375.

89 http://www.arvato-infoscore.de/dienstleistungen/ (zuletzt abgerufen am 17.12.2015); https://www.buergel.de/de (zuletzt abgerufen am 17.12.2015); http://www.eos-solutions.com/de/dienstleistungen/ (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

90 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 25.

angewandt wird.[91] Bei den Betroffenen handelt es sich um Privatpersonen und Unternehmen.

4. Verhältnis der Akteure

Die Bonitätsprüfung durch Wirtschaftsauskunfteien wird in der Kreditwirtschaft typischerweise in Dreipersonenkonstellationen durchgeführt.[92] Der Betroffene ersucht ein Kreditinstitut um einen Kredit oder ein anderes Unternehmen um einen Vertragsabschluss. Das (Kredit-)Unternehmen wendet sich mit dem Verlangen nach einer Bonitätsauskunft über den potentiellen Kreditnehmer oder Kunden an eine Wirtschaftsauskunftei. Zwischen dem (Kredit-) Unternehmen und der Wirtschaftsauskunftei besteht eine vertragliche Beziehung.[93] Zumindest bei der *SCHUFA* liegt dem Verhältnis zu den Vertragspartnern ein Gegenseitigkeitsprinzip (sog. Reziprozitätsprinzip[94]) zugrunde, das im Gegenzug zur Auskunft das auskunftsersuchende (Kredit-)Unternehmen zur Einmeldung von bonitätsrelevanten Informationen verpflichtet.[95]
Keine vertragliche Beziehung besteht zwischen dem von der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung Betroffenen und der Wirtschaftsauskunftei.[96] Auch im Verhältnis zwischen dem Betroffenen und dem (Kredit-)Unternehmen besteht oftmals noch kein Vertrag, das Interesse an einer Bonitätsauskunft taucht gerade während der Entscheidung über einen Vertragsschluss und dessen Modalitäten auf. Es kann jedoch sein, dass zwischen dem Betroffenen und dem Kreditinstitut oder anderen Unternehmen bereits andere vertragliche Beziehungen bestehen. Kreditinteressenten etwa könnten Kunden sein, die auch schon ein Girokonto bei dem aufgesuchten Kreditinstitut haben. Für den konkreten Vertragsschluss, dessen Risiko mittels der Einholung eines Scorewertes eingestuft werden soll, besteht aber bereits ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis im Sinne der §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB (*culpa in contrahendo*[97]),

---

91 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 25.

92 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 25.

93 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 26.

94 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 12.

95 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 28; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 25; *Tinnefeld/Buchner/Petri*, S. 374 f.

96 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 26.

97 *Emmerich*, in: MüKo, BGB, § 311, Rn. 35.

welches das Kreditinstitut bzw. Unternehmen zur Wahrung des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes verpflichtet.[98]

II. Bonitätsprüfung als Zweck des Scoring

Das externe Scoring wird zum Zwecke der Bonitätsprüfung durchgeführt. Unter Bonität wird dabei die zukünftige Fähigkeit von Privatpersonen und Unternehmen verstanden, Zahlungsverpflichtungen „termingerecht und vollständig" zu erfüllen.[99] Nach dem im Datenschutzrecht geltenden Zweckbindungsgrundsatz ist der Zweck der Verwendung von Daten bereits bei deren Erhebung konkret festzulegen, § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG. Den Anlass für die Durchführung einer Bonitätsprüfung vor der Entscheidung über den Abschluss eines Vertrages, geben die Interessen der Akteure und die gesetzlichen Vorschriften zum Risikomanagement.

1. Interessen der Akteure

a) Kreditinstitute und andere Unternehmen

Die Kreditinstitute und anderen Unternehmen, die sich im Rahmen der Entscheidung über einen Vertragsabschluss für eine Bonitätsprüfung entscheiden, wollen damit ihr Zahlungsausfallrisiko möglichst gering halten. Scoring ist ein wirksames Instrument des Risikomanagements.[100] Im Gegensatz zu klassischen Vertragsentscheidungen, die allein von dem subjektiven Eindruck und dem Bauchgefühl des zuständigen Sachbearbeiters abhingen, verspricht die Bonitätsprüfung mittels Scoring durch externe Anbieter eine standardisierte und objektive Kredit- bzw. Vertragsentscheidung.[101] Dadurch wird eine einheitliche Abschlusspraxis hergestellt und gleichzeitig können die fachlichen Anforde-

---

98 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 26.

99 *Klement*, Kreditrisikohandel, S. 18.

100 *Wuermeling*, NJW 2002, 3508 (3508).

101 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 223; ULD Schleswig-Holstein, Studie: Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 27.2.2006, S. 15.

rungen an Sachbearbeiter gesenkt werden.[102] Damit sinkt auch der Personalbedarf und die Entscheidungsfindung wird beschleunigt, mithin werden die Kosten gesenkt.[103] Der Einsatz von Scoringverfahren wird auch durch das veränderte Marktgeschehen befördert, in dem sich der Anbieter einer Leistung und deren Konsument in aller Regel nicht mehr persönlich kennen.[104] Das Ziel der Risikominimierung kann allerdings nur erreicht werden, wenn die Qualität der zur Scorewertberechnung verwendeten Daten gewährleistet ist.[105] (Kredit-) Unternehmen sind daher daran interessiert, dass Scorewerte richtig und aussagekräftig sind. Auf fehlerhaften Daten beruhende oder willkürliche Scorewerte können zu falschen Vertragsentscheidungen führen, die nicht geeignet sind, das Ausfallrisiko zu minimieren oder den Gewinn durch Geschäftsabschlüsse zu steigern.[106]

b) Wirtschaftsauskunfteien

Das Interesse von Wirtschaftsauskunfteien an Bonitätsprüfungen mittels Scoring ist vor allem wirtschaftlicher Natur. Das Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien gründet im Wesentlichen auf dem Einsatz von Bonitätsprüfungen im wirtschaftlichen Verkehr. Dem allgemeinen Interesse des Verkehrs an der Transparenz der Scoringverfahren steht daher auch das Geheimhaltungsinteresse der Wirtschaftsauskunfteien hinsichtlich ihrer Berechnungsmethode (sog. Scoreformel) entgegen.[107] Eine Pflicht zur Offenlegung der Scoreformel würde den Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsauskunfteien am Markt beenden und womöglich zu ihrer Abschaffung führen.[108] Dem ist auch der BGH beigetreten und hat klargestellt, dass die Wirtschaftsauskunfteien im Rahmen der in § 34 Abs. 4 BDSG geregelten Auskunftspflicht gegenüber den Betroffenen

---

102 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 224.

103 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 224 f.

104 ULD Schleswig-Holstein, Studie: Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 27.2.2006, S. 15; BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 9.

105 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 40.

106 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 40 f.

107 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 127 f.

108 *Hoeren*, RDV 2007, 93 (94); *Möller/Florax*, MMR 2002, 806 (807); *Taeger*, K&R 2008, 513 (516).

nicht verpflichtet sind, ihre Berechnungsmethode zur Ermittlung der Scorewerte offenzulegen.[109]

Um möglichst aussagekräftige Scorewerte berechnen zu können, ist für die Wirtschaftsauskunfteien von Bedeutung, dass möglichst viele bonitätsrelevante Daten bei ihnen eingemeldet werden.[110] Denn durch eine Erweiterung der vorhandenen Datenbasis lassen sich differenziertere Vergleichsgruppen bilden. Je mehr Daten ausgewertet werden, desto höher ist die Aussagekraft der errechneten Scorewerte.[111] Es besteht jedoch nicht nur ein Interesse an einer großen Menge von Daten, sondern auch an deren Richtigkeit – nur unter dieser Voraussetzung können richtige und aussagekräftige, wettbewerbstaugliche Scorewerte berechnet werden.[112] Richtig sind Scorewerte, wenn die Daten, auf deren Grundlage sie berechnet wurden, der Wirklichkeit entsprechen.[113]

Gleichzeitig haben die Wirtschaftsauskunfteien ein Interesse daran, den Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Berechnung von Scorewerten möglichst gering und so auch die eigenen Kosten für Personal und Sachmittel niedrig zu halten. Die Geltendmachung von Auskunfts- und Berichtigungsansprüchen durch die Betroffenen erhöht den Verwaltungsaufwand der Wirtschaftsauskunfteien.

c) Betroffener

Den Interessen der Kreditinstitute, Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien stehen die Interessen und Rechte des Betroffenen, über den Daten erhoben, verarbeitet und genutzt werden, gegenüber.[114] Es handelt sich bei den Betroffenen um Privatpersonen oder Unternehmen. Der Betroffene ist potentieller Kreditnehmer oder Kunde und begehrt daher in erster Linie den angestrebten Vertragsabschluss.[115] Scoring gereicht dabei auch ihm zum Vorteil, da es geeignet ist, die Umverteilung von Zahlungsausfällen anderer Kreditnehmer oder Kun-

---

109 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308).

110 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 34.

111 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 14, 24.

112 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 132; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 75.

113 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 170.

114 *Duhr*, in: Roßnagel, Teil 7.5, Rn. 2.

115 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 32.

den einzudämmen.[116] Indem Verträge von vornherein nur mit solventen Schuldnern abgeschlossen werden bzw. die Geschäftskonditionen dem individuellen Zahlungsausfallrisiko angepasst werden, verringern sich die Zahlungsausfälle. Diese müssten ansonsten von anderen Kreditnehmern oder Kunden aufgefangen werden oder könnten gar zur Insolvenz des Anbieters und damit zu einem vollständigen Ausfall des Leistungsangebots führen. Außerdem schützen Scoringverfahren den Betroffenen vor einer (weiteren) Überschuldung.[117] Dieser Sichtweise wird jedoch jegliche Grundlage entzogen, wenn die Berechnung von Scorewerten willkürlich oder aufgrund einer falschen Datengrundlage erfolgt.[118]

aa) Transparenz

Der Betroffene hat ein besonderes Interesse an der Transparenz des mehrstufigen Scoringverfahrens.[119] Nur ein nachvollziehbarer, auf aktuellen, richtigen und vollständigen Daten gründender Scorewert ist wirklich geeignet, die eingangs erwähnte Umverteilung von Zahlungsausfällen zu minimieren oder Unternehmen und Privatpersonen vor einer Überschuldung zu bewahren[120]. Die Erfüllung dieser Kriterien sollte für den Betroffenen transparent und überprüfbar sein. Denn ein schlechter Scorewert kann dazu führen, dass dem Betroffenen Vertragsschlüsse über Wirtschaftsgüter zentraler Bedeutung für die Lebensführung (z. B. Mietwohnung, Mobiltelefon) oder Käufe auf Rechnung versagt werden.[121] Neben der Möglichkeit, Einblick in die Modalitäten der Scorewertberechnung zu erhalten, erfordert Transparenz aber auch, dass der Betroffene darüber informiert wird, dass überhaupt externes Scoring durchgeführt wird.

---

116 Bundesverband deutscher Banken, Kredit-Scoring, Berlin, Oktober 2006, S. 6, http://www.netbank.de/nb/downloads/kreditscoring.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

117 *Kamlah*, MMR 1999, 395 (396); *Taeger*, BB 2007, 785 (788).

118 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 32.

119 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 9.

120 *Kamlah*, MMR 1999, 395 (396); *Taeger*, BB 2007, 785 (788).

121 *Hoeren*, Anm. z. BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, LMK 2014, 356425.

bb) Qualitätskontrolle

Wegen der mit einem schlechten Scorewert verbundenen einschneidenden Folgen für den Betroffenen[122] hat dieser ein besonderes Interesse daran, dass die bei Wirtschaftsauskunfteien eingemeldeten, gespeicherten und von diesen übermittelten Informationen über ihn richtig, insbesondere aktuell sind.[123] Ihm ist daher daran gelegen, dass (potentielle) Gläubiger und Wirtschaftsauskunfteien die von ihnen genutzten Informationen hinsichtlich ihrer Qualität überprüfen, um zu gewährleisten, dass den genutzten Daten auch wirklich der ihnen zugeschriebene Aussagewert zukommt.

cc) Berichtigungsmöglichkeit

Sofern Wirtschaftsauskunfteien falsche oder veraltete Informationen vorhalten und der Scorewertberechnung zugrunde legen, besteht ein Bedürfnis des Betroffenen, diese Daten zu berichtigen.[124] Dies setzt Kenntnis der eingespeicherten Daten beim Betroffenen voraus, sodass dem Berichtigungsbedürfnis ohne die gleichzeitige Gewährleistung umfassender Transparenz und Kontrollrechte nicht entsprochen werden kann.[125]

dd) Datenrelevanz

Dem Betroffenen ist daran gelegen, zu erfahren, welche Informationen mit welchem Gewicht für die Errechnung seiner individuellen Zahlungsausfallwahrscheinlichkeit berücksichtigt werden.[126] Denn nur dann ist es dem Betroffenen möglich, die benötigten aktuellen und richtigen Informationen vollständig bereit zu stellen.[127] Das Interesse des Betroffenen, die konkrete Gewichtung seiner Daten in der Scorewertberechnung zu erfahren, kollidiert mit dem Interesse der Wirtschaftsauskunfteien an der Geheimhaltung der Score-

---

122 *Duhr*, in: Roßnagel, Teil 7.5, Rn. 2.

123 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 132.

124 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 71; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 33.

125 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 71; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 33.

126 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 33.

127 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 33.

formel. Interessengerecht wäre eine Kompromisslösung, bei der dem Betroffenen Informationen zu der Gewichtung der in die Berechnung einbezogenen Daten gegeben werden, ohne dass die Wirtschaftsauskunftei ihre Scoreformel offenlegen muss. Vorausgesetzt, dass dies praktisch möglich ist. So würde dem Betroffenen auch die Gelegenheit gegeben, seinem potentiellen Vertragspartner weitere für die Entscheidung über den Geschäftsabschluss relevante Informationen zu überlassen, die bei der Berechnung des Scorewertes durch Wirtschaftsauskunfteien keine Berücksichtigung finden.[128] Auch das Informationsinteresse hinsichtlich der Datenrelevanz hängt eng mit dem Bedürfnis nach der Transparenz des Scoringverfahrens zusammen.

ee) Objektivität der Daten

Die Nutzung von Scorewerten zur Bonitätsprüfung soll die Entscheidungen von Kreditinstituten und anderen Unternehmen über einen Vertragsschluss objektiver machen.[129] Für den Betroffenen ist die Objektivität der Daten daher bereits in dem frühen Stadium der Einmeldung der Informationen bei den Wirtschaftsauskunfteien von Bedeutung. Eingemeldete Tatsachen sind hinsichtlich ihres Wahrheitsgehaltes überprüfbar. Anders ist dies bei Werturteilen oder subjektiven Beurteilungen, die durch das Wertesystem der beurteilenden Person geprägt sind.[130] Zwar können sich letztere für den Betroffenen im Einzelfall auch positiv auswirken, in vielen Fällen wird es dem Betroffenen aber nicht recht sein, wenn der Berechnung seines vermeintlich objektiven Scorewertes subjektive Bewertungen zugrunde gelegt werden. Der Betroffene hat daher ein Interesse an der Objektivität der eingemeldeten und für die Scorewertberechnung verwendeten Daten.

ff) Keine Diskriminierung

Dass das Vorhandensein gewisser bonitätsrelevanter Informationen beim Betroffenen einen schlechten Scorewert zur Folge hat, ist einem funktionierenden

---

128 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 33.

129 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 223; Studie des ULD Schleswig-Holstein, Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit - Chancen und Risiken für Verbraucher -, 27.2.2006, S. 15.

130 *Abel*, RDV 2006, 108 (115).

Auskunftssystem immanent.[131] Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen ist so eine Information, die negative Auswirkungen auf den Scorewert hat.[132] Hierdurch wird keine Diskriminierung des Betroffenen verursacht. Es gilt vielmehr, die Aussagekraft des Scorewertes zu gewährleisten. Es ist jedoch im Interesse des Betroffenen zu verhindern, dass eine Diskriminierung aufgrund bonitätsfremder Informationen erfolgt. In Betracht kommen die in § 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) genannten Diskriminierungsgründe (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Identität) und die in § 3 Abs. 9 BDSG[133] genannten besonderen Arten personenbezogener Daten (rassistische und ethnische Herkunft, politische Meinung, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit und Sexualleben).
Nun ist bekannt, dass Angaben über das Alter, Geschlecht und den Familienstand einer Person von Wirtschaftsauskunfteien für die Scorewertberechnung genutzt werden und hierfür besondere Relevanz besitzen.[134] Einige Autoren halten eine Diskriminierung durch Scoringverfahren für unmöglich.[135] Sie führen an, dass es sich bei der Diskriminierung aufgrund von Vorurteilen um ein menschliches Verhalten handele.[136] Wissenschaftlichen Standards genügenden mathematisch-statistischen Systemen – wie sie für das Scoring eingesetzt werden – sei ein solches Verhalten jedoch fremd.[137] Eine Einbeziehung der Alters- und Geschlechtsangabe in die Scorewertberechnung könnte jedoch nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) per se unzulässig sein. Das setzt voraus, dass das AGG auf Vertragsschlüsse, in deren Vorfeld Scoring durchgeführt wird, überhaupt anwendbar ist.

---

131 KG Berlin, Urt. v. 7.2.2013, Az.: 10 U 118/12, BeckRS 2014, 06712, Rn. 6.

132 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 68.

133 Siehe 2. Teil C. II 2. a) cc) (2) (f).

134 *Abel*, RDV 2006, 108 (114, Fn. 71a); *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 120.

135 *Abel*, RDV 2006, 108 (114); *Hoeren*, RDV 2007, 93 (97).

136 *Abel*, RDV 2006, 108 (114); *Hoeren*, RDV 2007, 93 (97).

137 *Abel*, RDV 2006, 108 (114); *Hoeren*, RDV 2007, 93 (97).

(1) Anwendbarkeit des AGG

Sofern ein Diskriminierungsverbot nach dem AGG eingreift, sind bestimmte Datenarten von der Nutzung im Rahmen der Scorewertberechnung von vornherein ausgeschlossen. In Betracht kommt das Eingreifen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbotes gemäß § 19 AGG. Es verbietet eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse.[138] Scoring wird streng genommen vor und nicht bei der Begründung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse durchgeführt.[139] Das Schuldverhältnis im Sinne des AGG ist jedoch umfassend zu verstehen und bezeichnet „die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner."[140] Das Benachteiligungsverbot würde daher auch das im Rahmen der Vertragsanbahnung eingesetzte Scoring und die hierzu verwendeten Daten erfassen. Der sachliche Anwendungsbereich des AGG wird in § 2 Abs. 1 AGG auf bestimmte Sachverhalte beschränkt.[141] Die Rechtsverhältnisse, anlässlich derer Scoringverfahren durchgeführt werden, fallen unter § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG, der den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum als mögliche Sachverhalte aufführt. Hierunter fallen auch privatrechtliche Schuldverhältnisse[142] wie sie beim Einsatz des in dieser Arbeit zu untersuchenden Scoring der Regelfall sind. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot wird in seinem sachlichen Anwendungsbereich durch § 19 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGG weiter eingeschränkt.[143] Es besteht nur für Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Rechtsverhältnisse (Nr. 1) bzw. für private Versicherungsverträge (Nr. 2).[144] Es lässt sich an dieser Stelle daher schon festhalten, dass das Benachteiligungsverbot für privatrechtliche Versicherungsverträge und das in ihrem Rahmen durchgeführte Scoring anwendbar ist. Im Übrigen kommt es entscheidend darauf an, ob es sich bei dem Schuldverhältnis, in dessen Vertragsanbahnungs-

---

138 § 19 Abs. 1 AGG.

139 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 25.

140 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 2.

141 *Bauer/Krieger*, § 2, Rn. 3.

142 *Bauer/Krieger*, § 2, Rn. 40.

143 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 1.

144 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 1.

phase Scoring eingesetzt wird, um ein Massengeschäft oder ein massengeschäftsähnliches Rechtsverhältnis handelt. Kennzeichnend hierfür ist, dass die Schuldverhältnisse mit ähnlichen Konditionen häufig und „typischerweise ohne Ansehen der Person“ zustande kommen oder dass dem Ansehen der Person zumindest eine „nachrangige Bedeutung“ zukommt.[145] Für die Beurteilung der Häufigkeit kommt es auf die Sicht des Anbieters an.[146] Das „Ansehen der Person“ ist bei Schuldverhältnissen nicht von Belang, für deren Abschluss und Durchführung die in § 19 Abs. 1 AGG genannten Merkmale typischerweise nicht von Bedeutung sind.[147] Denn das AGG bezweckt den Schutz vor willkürlicher Benachteiligung ohne sachlichen Grund, es verbietet jedoch nicht, von der Vertragsfreiheit geschützte Differenzierungen.[148] Ob das Ansehen der Person von Belang ist, ist objektiv und nicht wie die Häufigkeit aus der subjektiven Sicht des Anbieters zu bestimmen.[149]

Die Geschäftstypen, bei denen Scoring zum Einsatz kommt, sind in ihrer Ausgestaltung unterschiedlich. Das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals Massengeschäft oder massengeschäftsähnliches Rechtsverhältnis ist somit im Einzelfall zu bestimmen. Für Darlehensverträge, deren Konditionen individuell nach dem Leistungsvermögen und im Hinblick auf das zu finanzierende Vorhaben festgelegt werden, geht der Gesetzgeber im Regelfall nicht von einem Massengeschäft aus.[150] Gleiches soll nach *Bauer/Krieger* für Giroverträge gelten, die zwar in einer Vielzahl von Fällen, jedoch abhängig von der Bonität des einzelnen zustande kommen.[151] Folgte man dieser Argumentation, fielen nahezu alle Geschäftstypen, deren Abschluss oder Konditionen von einem Scorewert zur Beurteilung der Bonität des Vertragspartners abhängig gemacht werden, aus dem Anwendungsbereich der Massengeschäfte und massengeschäftsähnlichen Rechtsverhältnisse heraus.

Tatsächlich nehmen (Kredit-)Unternehmen, die Scorewerte einholen, einen nicht unerheblichen Kostenaufwand auf sich, um Auskunft über die Bonität ihres (potentiellen) Vertragspartners zu erhalten. Hierfür wiederum sind etwa

---

145 *Bauer/Krieger*, § 19, Rn. 5; *Ernst/Braunroth/Wascher*, § 19, Rn. 3.

146 *Bauer/Krieger*, § 19, Rn. 7.

147 BT-Drucks., 16/1780, 8.6.2006, S. 41.

148 BT-Drucks., 16/1780, 8.6.2006, S. 41.

149 *Bauer/Krieger*, § 19, Rn. 8.

150 BT-Drucks., 16/1780, 8.6.2006, S. 42.

151 *Bauer/Krieger*, § 19, Rn. 9.

Alter, Geschlecht und Familienstand statistisch gesehen anerkannt wichtige Indikatoren.[152] Selbst im Online-Versandhandel, wo die Anbieter eine Vielzahl von Verträgen mit ähnlichen Bedingungen abschließen, könnte unter diesem Aspekt der Kauf auf Rechnung aus dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG herausfallen. Bei Verträgen, die ein (Kredit-)Unternehmen zur Vorleistung verpflichten, sind die Merkmale der Person im Sinne des § 19 Abs. 1 AGG daher regelmäßig von Bedeutung. Anderer Ansicht ist *Thüsing*, der gerade in dem Abstellen auf die Bedeutung der Merkmale des § 19 Abs. 1 AGG zur Bestimmung eines Massengeschäfts einen Zirkelschluss sieht.[153] Es bestünde die Gefahr, dass das Gesetz gegen jahrelang praktizierte und besonders verbreitete Benachteiligungen keine Wirkung mehr zeige.[154] Für die Ablehnung eines Massengeschäfts sei entscheidend, ob ein Schuldverhältnis typischerweise auf der individuellen Auswahl des Vertragspartners beruhe.[155] Bei Kreditverträgen sei die Einordnung davon abhängig, ob eine individuelle Risikoprüfung, die auch Merkmale nach § 19 Abs. 1 AGG beinhalten könne, vorausgesetzt werde.[156] Allein die Einholung eines Scorewertes zur Beurteilung der Bonität eines potentiellen Vertragspartners soll hierfür nicht ausreichend sein.[157] *Thüsing* geht davon aus, dass der Bonitätsprüfung etwa bei Girogeschäften auf Guthabenbasis nur nachrangige Bedeutung zukomme, da das Kreditinstitut nicht an der Person des Kunden, sondern nur an ihr als Träger von Bonitätsdaten Interesse habe.[158] Auch Kleinkredite und ausreichend gesicherte Kredite ordnet er als Massengeschäfte ein.[159]

Für diese Arten von Geschäften, bei denen das Ausfallrisiko sehr gering ist oder gar nicht besteht, wird in der Praxis jedoch ohnehin regelmäßig kein Scorewert eingeholt werden. Bei Girokonten etwa, die nicht auf Guthabenbasis laufen, ist der Scorewert als eine Möglichkeit der individuellen Risikoprüfung für die Festlegung der Höhe des Dispositionskreditrahmens wiederum sehr relevant. In die Berechnung des Scorewertes werden dann Merkmale wie das Al-

---

152 *Abel*, RDV 2006, 108 (114, Fn. 71a); *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 120.

153 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 17.

154 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 17.

155 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 17.

156 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 24.

157 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 26.

158 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 26.

159 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 19 AGG; Rn. 25.

ter und das Geschlecht einbezogen.[160] Auch nach den von *Thüsing* angelegten Maßstäben werden daher Geschäftstypen, bei denen Scoring eingesetzt wird, regelmäßig nicht als Massengeschäft einzuordnen sein. Nach alledem kommt es bei der Entscheidung über das Vorliegen eines Massengeschäfts oder massengeschäftsähnlichen Rechtsverhältnisses darauf an, wie relevant individuelle Merkmale der Person für das mit den fraglichen Geschäftstypen verbundene Risiko tatsächlich sind.[161] Dieses Kriterium ist auch geeignet, den vom AGG bezweckten Schutz vor willkürlichen Benachteiligungen effektiv zu verwirklichen. Je mehr Relevanz besteht, desto eher ist das Vorliegen eines Massengeschäfts abzulehnen.[162] Unabhängig vom Vorliegen eines Massengeschäfts ist gemäß § 19 Abs. 2 AGG eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft bei jedem zivilrechtlichen Rechtsverhältnis unzulässig. Entsprechende Angaben dürfen daher für das Scoring nicht verwandt werden.

(2) Rechtfertigung gemäß § 20 AGG

Wenn das AGG anwendbar ist, kann eine Benachteiligung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts dennoch rechtlich zulässig sein, wenn ein Rechtfertigungsgrund gemäß § 20 AGG eingreift.[163] Erforderlich ist das Vorliegen eines sachlichen Grundes, § 20 Abs. 1 AGG. Ob ein solcher vorliegt, ist durch eine wertende Feststellung im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu ermitteln.[164] In § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG sind außerdem Regelbeispiele enthalten, von denen jedoch keines für die Rechtsverhältnisse beim Scoring eingreift.[165] Ein sachlicher Grund für eine Benachteiligung ist daher für den Einzelfall zu ermitteln. Die statistische Relevanz eines Merkmals für die Prognose der Bonität einer Person allein wird kein ausreichender sachlicher Grund sein.
Anders ist die Lage beim Scoring im Zusammenhang mit privatrechtlichen Versicherungen im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Für diese Rechtsverhält-

---

160 *Abel*, RDV 2006, 108 (114, Fn. 71a); *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 120.

161 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 133.

162 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 133.

163 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 20 AGG; Rn. 1.

164 BT-Drucks., 16/1780, 8.6.2006, S. 43.

165 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 135.

nisse ist in § 20 Abs. 2 S. 2 AGG ein spezieller Rechtfertigungsgrund geregelt.[166] Hiernach ist eine Benachteiligung aus verschiedenen Gründen (Religion, Behinderung, Alter, sexuelle Identität) zulässig, wenn sie auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, § 20 Abs. 2 S. 2 AGG. Eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts wird hierdurch nicht gerechtfertigt.

(3) Zwischenergebnis zum AGG

Das AGG ist in vielen Fällen nicht auf die Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit dem Scoring anwendbar. Insoweit beschränkt § 19 Abs. 1 AGG auch nicht die Datenarten, die für das Scoring verwendet werden dürfen. Entscheidend ist, wie relevant individuelle Merkmale der Person für das mit dem fraglichen Geschäftstypen verbundene Risiko tatsächlich sind.[167] Je mehr Relevanz besteht, desto eher ist das Vorliegen eines Massengeschäfts und mithin die Anwendbarkeit des AGG abzulehnen.[168] Somit fallen Giroverträge auf Guthabenbasis, ausreichend gesicherte Kredite und in einigen Fällen auch Klein- und Konsumentenkredite in den Anwendungsbereich des AGG. In ihrem Zusammenhang ist die Verwendung von Angaben zu Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion, Behinderung, Alter und sexueller Identität für das Scoring unzulässig. Generell unzulässig ist die Einbeziehung von Angaben zur Rasse und zur ethnischen Herkunft in die Scorewertberechnung, da das AGG die Benachteiligung aus diesen Gründen für alle zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse verbietet.[169]

In den Anwendungsbereich des AGG fallen ferner alle privatrechtlichen Versicherungsverhältnisse.[170] Gerade im Hinblick auf das in ihrem Zusammenhang durchgeführte Scoring besteht jedoch für die Merkmale Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Identität ein Rechtfertigungsgrund.[171] Diese Angaben dürfen daher für die Scorewertberechnung herangezogen werden.

---

166 *Thüsing*, in: MüKo, BGB, § 20 AGG; Rn. 55.

167 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 133.

168 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 133.

169 § 19 Abs. 2 AGG.

170 § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG.

171 § 20 Abs. 2 AGG.

2. Gesetzliche Vorgaben

Bei den gesetzlichen Vorgaben zum Scoring ist zwischen Vorschriften zu unterscheiden, die das *Ob* des Scoring vorschreiben und solchen, die sich auf die Art der Durchführung des Scoring, das *Wie*, beziehen.

a) Pflicht zum Scoring

Das Scoring als spezielle Art der Bonitätsprüfung ist in Deutschland nicht gesetzlich vorgeschrieben.[172] Es gibt jedoch verschiedene Vorschriften, die Kreditinstitute zu Risikomanagement und Kreditwürdigkeitsprüfungen verpflichten. Auch für andere Unternehmen bestehen gesetzliche Vorschriften zur Durchführung von Kreditwürdigkeitsprüfungen im Rahmen von Verbraucherverträgen. Dabei handelt es sich zum Teil um aufsichtsrechtlich und zum Teil um verbraucherschutzrechtlich motivierte Gesetzgebungen. Sie gehen allesamt auf internationale oder europäische Vereinbarungen zurück. Wie bereits erwähnt[173] sind aufgrund der Eigenkapitalvorschriften des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht (Basel I-III) verschiedene Rechtsvorschriften ergangen, welche Kreditinstituten unter anderem die Durchführung von Ratingverfahren zur Ermittlung der erforderlichen Eigenmittelausstattung vorschreiben. Zur Bestimmung der Angemessenheit der Höhe der Eigenmittel eines Instituts ist ferner die seit dem 1. Januar 2014 unmittelbar geltende Verordnung CRR[174] erlassen worden. Bei der Bemessung der notwendigen Eigenmittel eines Instituts ist die Einstufung von Risiken im Rahmen der Entscheidung über eine Kreditvergabe an Unternehmen und Privatpersonen ein bedeutender Faktor.[175] Auf nationaler Ebene wurden eine Reihe von Vorschriften erlassen, welche die Vorgaben der aufgrund der Eigenkapitalvorschriften ergangenen Kapitaladäquanzrichtlinie CRD IV[176] umsetzen und ergänzen. Die für die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften zuständige Aufsichtsbehörde ist in Deutschland die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), soweit nicht die Eu-

---

172 *Petri*, DuD 2003, 631 (633).

173 Siehe 1. Teil B. I. 1. a) aa).

174 VO-EU Nr. 575/2013, ABl. EU Nr. L 176/1 v. 27.6.2013.

175 Art. 107 Abs. 1 CRR.

176 RL-EU 2013/36/EU, ABl. EU Nr. L 176/338 v. 27.6.2013.

ropäische Zentralbank (EZB) zuständig ist.[177] Als Vorschriften zum Risikomanagement sind zu nennen: §§ 10 ff. und § 25a KWG sowie für Aktiengesellschaften § 91 Abs. 2 AktG. Ferner hat das Bundesministerium der Finanzen aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 10 Abs. 1 KWG die ergänzende Solvabilitätsverordnung (SolvV) erlassen. Die BaFin als zuständige Aufsichtsbehörde hat zudem im Dezember 2012 die Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk), bei denen es sich um normeninterpretierende Verwaltungsvorschriften handelt, veröffentlicht. Die Pflicht zur Ergreifung von Maßnahmen zur Verwirklichung eines nachhaltigen Risikomanagements ist damit gesetzlich vorgeschrieben. Scoring ist jedoch nur eine mögliche Modalität des Risikomanagements.[178] Unabhängig von Basel I-III wurden für die Kreditvergabe an Verbraucher, in Umsetzung der EG-Verbraucherkreditrichtlinie[179], nationale Vorschriften geschaffen, die Institute und andere Unternehmen für Kreditgeschäfte mit Verbrauchern zu einer vorherigen Kreditwürdigkeitsprüfung verpflichten.[180] Diese Verpflichtung ergibt sich für Kreditinstitute nunmehr aus § 18 Abs. 2 KWG. Dieselbe Verpflichtung besteht gemäß § 509 BGB auch für andere Unternehmen, wenn sie mit Verbrauchern Verträge über entgeltliche Finanzierungshilfen abschließen.[181] In den Vorschriften ist von Kreditwürdigkeitsprüfungen die Rede, zu deren Zweck auch Auskünfte von Stellen eingeholt werden können, die geschäftsmäßig Kreditwürdigkeitsprüfungen vornehmen. Das Scoring als konkretes Verfahren zur Kreditwürdigkeitsprüfung wird jedoch nicht vorgeschrieben, es bildet nur eine Möglichkeit, der gesetzlichen Regelung nachzukommen.[182] Auch zu anderen Geschäftstypen, bei denen Scoring von Unternehmen (Versandhändler, Telekommunikationsanbieter, Wohnungs- und Versicherungswirtschaft u. a.) zu Bonitätsprüfungen angewendet wird, gibt es keine gesetzlichen Regelungen, die hierzu verpflichten. Der Einsatz von externem Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien zur Bonitätsprüfung beruht somit auf der unternehmerischen Entscheidung von Kreditinstituten und anderen Unternehmen.

---

177 § 6 Abs. 1 KWG.

178 *Becker/Böttger/Müller*, DStR 2012, 1197 (1197).

179 RL-EG 2008/48/EG, ABl. EU Nr. L 133/66 v. 22.5.2008.

180 *Rott/Terryn/Twigg-Flesner*, VuR 2011, 163 (163).

181 *Rott/Terryn/Twigg-Flesner*, VuR 2011, 163 (163).

182 *Ahrendt*, Die wertorientierte Bonitätsprüfung als Kernkompetenz im Firmenkundengeschäft, S. 130; *Petri*, DuD 2003, 631 (633).

b) Durchführung des Scoring

Obwohl der Gesetzgeber den Einsatz des Scoring nicht obligatorisch vorschreibt, hat er dessen Bedeutungsgehalt für die Wirtschaft und die besonderen Risiken für gescorte Privatpersonen und Unternehmen erkannt. Mit der BDSG-Novelle I wurde daher eine Reihe von gesetzlichen Vorschriften des BDSG geändert und neu in das Gesetz eingefügt.[183] Diese Vorschriften bezwecken eine interessengerechte Regelung der Datenerhebungen und -verarbeitungen im Rahmen des Scoring.[184] Kernstück der Novelle waren § 28a BDSG, der die Datenübermittlungen an Auskunfteien regelt, und § 28b BDSG, der unter der Überschrift *Scoring* Voraussetzungen an das Verfahren zur Ermittlung von Scorewerten und die damit verbundenen Informationspflichten festlegt. Außerdem wurde das Selbstauskunftsrecht der Betroffenen durch Änderungen der Vorschrift des § 34 BDSG gestärkt. Ob die Novellierung tatsächlich geeignet ist, die gegenüberstehenden Interessen beim Scoring in Ausgleich zu bringen, möchte diese Untersuchung im Folgenden erörtern.

III. Methodik des Scoring zur Bonitätsprüfung

Die Beauskunftung eines Scorewertes an (Kredit-)Unternehmen ist nur eine Möglichkeit, die Bonität eines potentiellen Kreditnehmers oder Kunden zu prüfen. Daneben besteht beispielsweise die Möglichkeit der Auswertung vergangenheitsorientierter Informationen, wie von Jahresberichten bei Unternehmen oder Einkommensnachweisen bei Privatpersonen. Das Scoring ist aber gerade deshalb so hilfreich, weil es eine Prognose über das zukünftige Zahlungsverhalten einer Privatperson oder eines Unternehmens abgibt. Im Folgenden werden die methodischen Schritte dargestellt, die innerhalb einer Wirtschaftsauskunftei mit dem Ziel der Berechnung eines Scorewertes ablaufen. Obwohl die Scoreformeln je nach Auskunftei unterschiedlich sind,[185] lässt sich ein methodisches Vorgehen herausarbeiten, das so oder in ähnlicher Form jeder Scorewertberechnung zugrunde liegt. Nach Ansicht des BGH sind die allgemeinen Rechengrößen, insbesondere die statistischen Werte, die in die Scorewertberechnung einfließen, die konkrete Gewichtung der verwendeten Merkmale und die Bil-

183 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008.

184 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 1.

185 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 9.

dung der Vergleichsgruppen als Grundlage für die Erstellung der Scorekarten vom Geschäftsgeheimnis geschützt.[186] Die Geheimhaltung dieser Parameter ist somit die Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsauskunfteien.[187]

1. Festlegung der Prämisse

Im Vorfeld der konkreten Scorewertberechnungen werten die Wirtschaftsauskunfteien ihre Datenbestände aus und bestimmen die Merkmale, die für die Bildung eines bestimmten Scorewertes herangezogen werden.[188] Ihre unterschiedliche Gewichtung wird festgelegt.[189] Dahinter steckt die Annahme, dass das kumulative Vorliegen von bestimmten Merkmalen bei Privatpersonen oder Unternehmen in Verbindung mit Informationen über den späteren Zahlungsausfall geeignet ist, eine Aussage über die Zahlungsausfallwahrscheinlichkeit anderer natürlicher Personen oder Unternehmen mit den gleichen Merkmalen zu treffen.[190] Die unterschiedliche Gewichtung der Merkmale liegt darin begründet, dass bestimmten Merkmalen laut statistischer Auswertung eine größere Indizwirkung für die Wahrscheinlichkeit eines Zahlungsausfalls zugeschrieben werden kann als anderen. Es werden alle Merkmale von im Datenbestand bereits vorhandenen Privatpersonen und Unternehmen im Hinblick auf die tatsächliche Entwicklung ihres Zahlungsverhaltens (Erfüllung der Zahlungspflicht oder Zahlungsausfall), ausgewertet.[191] Anhand der ausgewerteten Merkmaldispositionen werden Vergleichsgruppen gebildet.[192] Auf diese Weise werden allgemeine Erfahrungswerte zur Bildung der Vergleichsgruppen genutzt.[193] Man kann von der Festlegung der Prämisse für die Scorewertberechnung sprechen.

---

186 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308).

187 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308), Rn. 27.

188 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 25.

189 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 25.

190 *Gola/Schomerus*, § 28b, Rn. 1; *Abel*, RDV 2006, 108 (109).

191 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 107.

192 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 8; *von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 28.

193 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 8; *von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 28.

Die Datensätze, die für diesen Schritt ausgewertet werden, sind anonymisiert.[194]

2. Bildung von Scorekarten

Die Auswahl und Gewichtung der Merkmale sowie deren Verhältnis zueinander (Vergleichsgruppen) werden in einen Algorithmus umgesetzt und in einer sog. Scorekarte festgehalten.[195] Den bonitätsrelevanten Merkmalen in einer Scorekarte ist jeweils ein Punktwert zugeordnet.[196] Welcher, das bestimmt der darunterliegende Algorithmus.[197] Zur Berechnung des Scorewertes einer Privatperson oder eines Unternehmens werden die Punkte für vorhandene bonitätsrelevante Merkmale addiert und ergeben summiert die Rückzahlungswahrscheinlichkeit des Betroffenen.[198] Durch das Führen der Scorekarten kommen Wirtschaftsauskunfteien auch der ihnen obliegenden Dokumentationspflicht nach.[199] Aus den Scorekarten gehen somit die zur Bonitätsprüfung verwendeten Merkmale und ihre Gewichtung hervor.[200] Da die Gewichtung der bonitätsrelevanten Merkmale von dem Geschäftstyp abhängt, für den der Scorewert berechnet wird[201], werden für verschiedene Geschäftsarten unterschiedliche Scorekarten gebildet und vorgehalten.[202]

3. Berechnung des Scorewertes

Im nächsten Schritt wird der Scorewert berechnet. Hierzu werden, wie bereits erläutert, die bonitätsrelevanten Merkmale der zu scorenden Privatperson oder des Unternehmens in eine Scorekarte eingespeist und die Summe der erreichten

---

194 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 25; *Hoeren*, in SCHUFA-Grundlagenschrift 2007, 63 (74); *Wuermeling*, NJW 2002, 3508 (3509).

195 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 26.

196 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 30.

197 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 30.

198 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 30.

199 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28b, Rn. 5.

200 ULD Schleswig-Holstein, Studie: Scoringysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 27.2.2006, S. 50.

201 *Hoeren*, RDV 2007, 93 (94).

202 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 11.

Punktwerte bildet den Scorewert.[203] Der Scorewert wird in aller Regel durch einen Punktwert oder eine Prozentzahl ausgedrückt.[204]

4. Übermittlung des Scorewertes an das anfragende (Kredit-)Unternehmen

Im Anschluss an die Berechnung wird der Scorewert an das anfragende (Kredit-)Unternehmen übermittelt.[205] Von diesem wird er in die Entscheidung über eine Kreditvergabe oder einen sonstigen Vertragsabschluss miteinbezogen.[206] Die (Kredit-)Unternehmen legen selbst die Schwellen fest, die ein Scorewert überschreiten muss, um einen Geschäftsabschluss oder günstige Vertragskonditionen zu erreichen.[207] Die Höhe der Schwellen hängt von der individuellen Risikobereitschaft des (Kredit-)Unternehmens ab.[208]

IV. Datenarten

Die bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen und zur Berechnung des Scorewertes zur Bonitätsprüfung herangezogenen Informationen über eine Privatperson oder ein Unternehmen lassen sich in verschiedene Arten unterteilen. Dies sind Personendaten, Positivdaten, Negativdaten, Anfragedaten und sonstige Daten. Für die Negativdaten ist eine weitere Unterkategorisierung in harte und weiche Negativdaten möglich.[209]

1. Personendaten

Unter den Personendaten sind vor allem die bei einer Wirtschaftsauskunftei gespeicherten Daten zur Identifikation einer Person oder eines Unternehmens

---

203 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 30.

204 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 28.

205 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 50.

206 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 51.

207 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 38.

208 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 38.

209 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 175.

zu verstehen.[210] Ohne diese Daten wäre eine Zuordnung anderer bonitätsrelevanter Merkmale zu einer Privatperson oder einem Unternehmen unmöglich.[211] Zu den Personendaten zählen Name, Vorname, Titel, Geschlecht, Alter, Familienstand, Anschrift, Geburtsdatum und -ort und gegebenenfalls Namenszusätze, Geburts- oder Künstlernamen.[212] Auch Kontonummern gehören dieser Kategorie an.[213] Bei Unternehmen kommen Angaben zur Rechtsform, Zahl der Mitarbeiter, zum Jahr der Gründung, zur Branche und Unternehmensstruktur (z. B. zu Mutter- oder Tochtergesellschaften) sowie zur Unternehmensführung und zu den Bilanzen hinzu.[214] Die Aufzählung ist nicht abschließend und bedeutet auch nicht, dass all diese Informationen tatsächlich bei jeder Wirtschaftsauskunftei vorhanden sind. Die dort vorhandenen Informationen dieser Art können jedoch als Personendaten kategorisiert werden.

2. Positivdaten

Unter Positivdaten oder neutralen Daten versteht man Informationen, denen für sich genommen kein Aussagewert über die Zahlungsfähigkeit oder Zahlungswilligkeit eines Unternehmens oder einer Privatperson zukommt.[215] Dennoch stehen sie in Bezug zum Zahlungsverhalten und erhalten durch die Zusammenführung mit anderen Daten oder statistischen Erfahrungswerten den gewünschten Aussagewert.[216] Es handelt sich um Informationen über die Aufnahme und die ordnungsgemäße Durchführung von Vertragsverhältnissen.[217] Ein Beispiel ist die Aufnahme eines Kredits und dessen rechtzeitige Tilgung.[218] Die Eröffnung eines Girokontos, der Abschluss und die Durchführung eines Telekommunikationsvertrages oder eines Online-Kaufs auf Rechnung sind weitere Bei-

---

210 *Höfer/Kaspari*, in: Heilmann/Wolf, Handbuch des Datenschutzes, S.175; *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 50.

211 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 61.

212 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 62; *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 54 f.

213 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 50.

214 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 56.

215 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 177.

216 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 177.

217 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 29, Rn. 35.

218 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 177.

spiele.[219] Hierunter fallen auch die Wohndauer unter der derzeitigen oder früheren Anschrift und die Umzugshäufigkeit.[220] Ferner speichern und verwenden Wirtschaftsauskunfteien Informationen über das Nutzungsverhalten, d. h. über „Anzahl, Art, Dauer und Umfang von Kreditgeschäften mit Ausfallrisiko“[221] und historische Informationen darüber, wie lange eine Privatperson oder ein Unternehmen bereits Geschäfte mit Ausfallrisiko abschließt.[222] Angaben zum Einkommen und zum Vermögen von Privatpersonen werden durch Wirtschaftsauskunfteien in aller Regel nicht gespeichert oder verwendet.[223]

3. Negativdaten

Negativdaten oder Negativmerkmale sind Informationen, die sich auf ein vertragswidriges Verhalten eines Kreditnehmers oder Kunden beziehen, das eine Vertragsverletzung begründet.[224] Dies können etwa Informationen über die Abwicklung von Kreditkarten- oder sonstigen Konten mit Kreditrahmen sowie über deren Missbrauch, die Erteilung einer Restschuldbefreiung, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung sein.[225]

a) Harte Negativdaten

Unter harten Negativdaten sind diejenigen Fakten über eine Privatperson oder ein Unternehmen zu verstehen, die durch „staatliche Mitwirkung“ oder die Einhaltung „gesetzlicher Verfahrensvorschriften“ geschaffen wurden.[226] Beispiele sind die Zwangsvollstreckung aufgrund eines rechtskräftigen Titels oder

---

219 *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.1.2008, S. 119; *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 55.

220 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 55.

221 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 55.

222 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 55.

223 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 54.

224 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 65 m. w. N.; *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 176.

225 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 67 m. w. Bsp.

226 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 67 m. w. Bsp.; *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 176.

die Eröffnung und Durchführung des Insolvenzverfahrens.[227] In der Rechtsprechung wird diesen Informationen eine stärkere Indizwirkung hinsichtlich der Zahlungs(un)fähigkeit und -(un)willigkeit eines Schuldners zugemessen als den weichen Negativdaten.[228]

b) Weiche Negativdaten

Bei der Schaffung weicher Negativdaten fehlt es an einer Mitwirkung des Staates oder der Durchführung gesetzlich vorgeschriebener Verfahren. Es handelt sich um Informationen über den Betroffenen, die durch „einseitige Rechtsausübung" seitens des Gläubigers entstanden sind.[229] Dementsprechend fehlt es bei diesen Informationen an einer objektiven Überprüfung auf ihre Richtigkeit. Der Aussagewert von weichen Negativdaten bleibt daher hinter dem harter Negativdaten zurück.[230] Um weiche Negativdaten handelt es sich beispielsweise bei der Äußerung einer Kündigung[231] oder bei der Mahnung einer fälligen Forderung.

4. Kritik an der Unterscheidung zwischen Positiv- und Negativdaten

Ehmann macht darauf aufmerksam, dass Positivdaten in Verknüpfung mit anderen Informationen der gleiche, teilweise sogar ein stärkerer, Aussagewert über das Zahlungsverhalten als Negativdaten zukommen kann.[232] Als Beispiel führt er die Information über einen vertragsgemäß laufenden Kredit an, dessen Höhe jedoch anzeigt, dass der Kreditrahmen für den Kreditnehmer ausgeschöpft ist.[233] Vor diesem Hintergrund schlägt *Ehmann* im Interesse eines umfangreichen Scoring die Aufgabe der Unterscheidung zwischen den Datenarten

---

227 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 68.

228 BGH, Urt. v. 7.7.1983, Az.: III ZR 159/82, NJW 1984, 436 (437); AG Wedding, Urt. v. 4. 11. 1998, Az.: 6b C 243/98, NJW-RR 2000, 715.

229 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 176; *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 29, Rn. 34.

230 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 29, Rn. 34.

231 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 176.

232 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 178.

233 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 182.

vor.[234] Niederschlagen würde sich dies im Rahmen der Interessenabwägung hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Verwendung bestimmter Daten. Für die Verwendung von Positivdaten ist die Hürde höher, da das schutzwürdige Interesse des Betroffenen eher überwiegt.[235] Nach der Einfügung des § 28a BDSG, der einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand für die Übermittlung von Negativdaten und positiven Bankdaten darstellt, ist die Unterscheidung zwischen den Datenarten jedoch in erster Linie theoretischer Natur. Für die wenigen Einzelfälle, in denen sie sich für Gläubiger weiterhin als nachteilhaft erweist, erscheint eine vollständige Aufgabe der Unterscheidung nach der Ansicht dieser Bearbeitung nicht erforderlich.

5. Anfragedaten

Ebenfalls gespeichert werden die Bonitätsanfragen von den Vertragspartnern der Wirtschaftsauskunfteien zu einer Privatperson oder einem Unternehmen.[236] Eine hohe Zahl an Anfragen über die Bonität einer Privatperson oder eines Unternehmens kann eine Aussage über die Zahlungskraft der Person oder des Unternehmens enthalten.[237] Beispiele sind Anfragen von Versandhandelsunternehmen bei Bestellungen auf Rechnung oder von Kreditinstituten bei Kreditgesuchen.[238] Eine hohe Zahl an Kreditgesuchen – auch wenn diese allein der Information dienen – wird als Indiz für einen erhöhten Kreditbedarf gewertet.[239] Die Daten zu Anfragen werden daher gespeichert und von einigen Wirtschaftsauskunfteien in die Scorewertberechnung miteinbezogen.

---

234 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 178.

235 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 29, Rn. 35.

236 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 50 f.

237 ULD Schleswig-Holstein, Studie: Scoringysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 27.2.2006, S. 55.

238 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 50 f.

239 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 51; ULD Schleswig-Holstein, Studie: Scoringysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 27.2.2006, S. 55.

6. Sonstige Daten

Bei Wirtschaftsauskunfteien sind zusätzlich auch Informationen gespeichert, die sich nicht unter eine der genannten Datenkategorien fassen lassen.[240] *Beckhusen* führt einige Beispiele für bei der *SCHUFA* zusätzlich vorhandene Informationen auf.[241] Hierunter fallen etwa die Angabe, dass über eine Person gar keine Informationen gespeichert sind, die Mitteilung, dass ein Betroffener die Richtigkeit der über ihn gespeicherten Daten bestreitet, oder die Angabe, welcher Vertragspartner eine Information übermittelt hat.[242] Darüber hinaus werden Informationen zur allgemeinen Wirtschaftslage, insbesondere zum Bruttoinlandsprodukt, zum DAX, zur Zahl der Arbeitslosen und zu Ein- und Ausfuhrpreisen vorgehalten.[243]

V. Datenquellen

Wirtschaftsauskunfteien bedienen sich zur Beschaffung der bonitätsrelevanten Daten über Privatpersonen und Unternehmen verschiedener Quellen.

1. Einmeldung durch Kreditinstitute und andere Unternehmen

Die Wirtschaftsauskunfteien erhalten bonitätsrelevante Daten über Privatpersonen und Unternehmen von ihren Vertragspartnern, also von (Kredit-) Unternehmen. Das sog. Reziprozitätsprinzip sorgt für eine stetige Weitergabe bonitätsrelevanter Informationen der Vertragspartner an die Wirtschaftsauskunfteien im Austausch gegen Auskünfte über weitere Bonitätsdaten und Scorewerte.[244] Die Übermittlung der Informationen von den Vertragspartnern an die Wirtschaftsauskunfteien wird Einmeldung genannt.[245] Die Vertragspartner wiederum erheben die Daten direkt bei der betroffenen Privatperson

---

240 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 68.

241 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 68 m. w. N.

242 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 68.

243 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 57.

244 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 70.

245 *Kamp*, in: Wolff/Brink, § 28a BDSG, Rn. 2.

oder den Vertretern des betroffenen Unternehmens. Außerdem übermitteln Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 KWG auch unabhängig von einer konkreten Kreditanfrage Informationen über die Bankgeschäfte ihrer Kunden an Wirtschaftsauskunfteien. Hierfür besteht mit § 28a Abs. 2 BDSG eine ausdrückliche gesetzliche Erlaubnisnorm. Diese beschränkt sich jedoch auf die Weitergabe von Informationen aus bestimmten Bankgeschäften, namentlich Kreditgeschäften, Garantiegeschäften und Girogeschäften, ausgenommen Giroverträge, die keine Überziehungsmöglichkeit vorsehen.[246] Andere Unternehmen wie Versandhändler, Telekommunikationsunternehmen oder Akteure der Wohnungs- und Versicherungswirtschaft übermitteln Wirtschaftsauskunfteien ebenfalls die aus (potentiellen) Vertragsbeziehungen mit dem Betroffenen gewonnenen bonitätsrelevanten Informationen.[247] Zu den einmeldenden sonstigen Unternehmen gehören insbesondere auch Inkassodienstleister, die über Angaben zu Forderungsausfall, -beitreibung, und -kauf verfügen.[248]

a) Einholung von freiwilliger Selbstauskunft des Betroffenen

Sowohl Kreditinstitute als auch andere Unternehmen beschaffen die Informationen über den Betroffenen vor allem durch dessen freiwillige Selbstauskünfte.[249] Kreditinstitute fordern im Rahmen einer Kreditentscheidung auf diesem Wege alle für die Vergabe relevanten Informationen an. Die entsprechenden Formulare unterscheiden sich je nach Kreditinstitut hinsichtlich der geforderten Angaben nur unwesentlich. Gefordert werden persönliche Angaben wie Name, Alter, Anschrift, teilweise die Voranschriften der letzten Jahre, Familienstand sowie Angaben zum Güterstand, zu Beruf und teilweise zum/r Ehepartner/in oder Lebensgefährten/in.[250] Ferner müssen Angaben zu monatlichen Einnahmen und Ausgaben gemacht und in der Regel durch Lohnnachweise, Jahresab-

246 *Ehmann*, in: Simitis: § 28a, Rn. 81.

247 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 28; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 25; *Tinnefeld/Buchner/Petri*, S. 374 f.

248 *Abel*, RDV 2009, 147 (149).

249 *Helfrich,* Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 110.

250 Selbstauskunft der Commerzbank, https://www.commerzbank.de/portal/media/a-30-sonstige-medien/pdf/produktinfo/selbstauskunft.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2015); Selbstauskunft der Sparkasse Göttingen, https://www.spk-goettingen.de/firmenkunden/kredite_leasing/vordrucke/dokumente/Selbstauskunft_final.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

schlüsse und Steuererklärungen belegt werden.[251] Auch Angaben zum Vermögen und zu den bestehenden Verbindlichkeiten sind erforderlich.[252] Die Tatsache, dass Kreditinstitute diese verschiedenen Informationen einholen, bedeutet nicht, dass diese auch automatisch bei Wirtschaftsauskunfteien eingemeldet und zur Scorewertberechnung verwendet werden. Die *SCHUFA* beispielsweise weist darauf hin, dass Informationen zur Nationalität, zum Beruf oder zur Wohngegend (wohl aber Angaben zu wechselnden Adressen) nicht gespeichert werden und daher auch nicht in die Scorewertberechnung einfließen.[253] Derart umfassende Angaben fordern Nicht-Kreditunternehmen von ihren potentiellen Vertragspartnern im Rahmen des Vertragsschlusses nur selten an. Online-Versandhändler etwa beschränken sich in der Regel auf die Abfrage von persönlichen Angaben wie Name, Anschrift, Geburtsdatum und E-Mailadresse.

b) Eigene Datenbestände zu laufenden Verträgen

Neben den Angaben aus freiwilligen Selbstauskünften übermitteln zumindest Kreditinstitute auch sonstige Informationen aus den Bankgeschäften ihrer Kunden an Wirtschaftsauskunfteien. Hierzu greifen Kreditinstitute auf ihre eigenen Datenbestände zurück. Entsprechend der datenschutzrechtlichen Erlaubnisnorm des § 28a Abs. 2 BDSG handelt es sich hierbei um Informationen zu Kreditgeschäften, Garantiegeschäften und Girogeschäften, exklusive Girogeschäften ohne Überziehungsmöglichkeit. Sowohl bei Kreditinstituten als auch bei anderen Unternehmen sammeln sich auch darüber hinaus bonitätsrelevante Informationen über die Aufnahme, Durchführung und Beendigung von Verträgen an. Wirtschaftsauskunfteien haben ein Interesse an der Einmeldung all dieser Daten. Inwieweit die Einmeldung dieser Daten datenschutzrechtlich zulässig ist, wird im zweiten Teil dieser Arbeit geklärt.

---

251 Selbstauskunft der Commerzbank, https://www.commerzbank.de/portal/media/a-30-sonstige-medien/pdf/produktinfo/selbstauskunft.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2015); Selbstauskunft der Sparkasse Göttingen, https://www.spk-goettingen.de/firmenkunden/kredite_leasing/vordrucke/dokumente/Selbstauskunft_final.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

252 Selbstauskunft der Commerzbank, https://www.commerzbank.de/portal/media/a-30-sonstige-medien/pdf/produktinfo/selbstauskunft.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2015); Selbstauskunft der Sparkasse Göttingen, https://www.spk-goettingen.de/firmenkunden/kredite_leasing/vordrucke/dokumente/Selbstauskunft_final.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

253 https://www.schufa.de/de/faqs/privatpersonen/scoring/ (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

2. Register, Verzeichnisse und öffentliche Bekanntmachungen

Wirtschaftsauskunfteien beziehen die bonitätsrelevanten Informationen ferner auch aus für sie zugänglichen Registern, Verzeichnissen und öffentlichen Bekanntmachungen.

a) Schuldnerverzeichnis

Wirtschaftsauskunfteien greifen zur Beschaffung der für ihre Arbeit erforderlichen Daten u. a. auf die Schuldnerverzeichnisse der Amtsgerichte zurück.[254] Seit dem 1.1.2013 wird ein zentrales Schuldnerverzeichnis geführt, für dessen Führung in jedem Bundesland ein zentrales Amtsgericht zuständig ist, § 882h Abs. 1 ZPO.[255] Es dient dazu, den Rechtsverkehr über die Zweifelhaftigkeit der Kreditwürdigkeit bestimmter Schuldner zu informieren.[256]

aa) Inhalt des Schuldnerverzeichnisses

Das Schuldnerverzeichnis ist ein amtliches Register, das kreditunwürdige Personen aufführt.[257] Eingetragen werden gemäß § 882 ZPO Personen, deren Eintragung der Gerichtsvollzieher nach § 882c ZPO, die Vollstreckungsbehörde nach § 284 Abs. 9 Abgabenordnung (AO) oder das Insolvenzgericht nach § 26 Abs. 2 oder § 303a Insolvenzordnung (InsO) angeordnet hat. Gemäß § 882c Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO ordnet der Gerichtsvollzieher die Eintragung einer Person in das Schuldnerverzeichnis an, wenn sie trotz bestehender Pflicht die Abgabe einer Vermögensauskunft verweigert hat, ihr Vermögen zur Befriedigung der ausstehenden Forderung offensichtlich nicht ausreicht oder sie einen Monat nach Abgabe der Vermögensauskunft nicht nachweisen kann, dass sie ihre Schuld getilgt hat. Bei dem Vermögensverzeichnis handelt es sich um eine Aufstellung aller Vermögensteile eines Schuldners, die Auskunft über die Vollstreckbarkeit von Forderungen im Vermögen des Schuldners geben soll.[258] Die

---

254 *Rathmann*, in: Saenger, § 802k, Rn. 1; *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 59.

255 *Rathmann*, in: Saenger, § 802k, Rn. 1.

256 *Voit*, in: Musielak, § 882f, Rn. 1.

257 *Utermark/Fleck*, in: Vorwerk/Wolf, § 882b, Rn. 1.

258 *Kemper*, in: Saenger, § 807, Rn. 6, 15.

Angaben werden durch eine Vermögensauskunft des Schuldners eingeholt, § 802c Abs. 1 ZPO. Der Gläubiger kann die Abgabe einer Vermögensauskunft seines Schuldners bei dem zuständigen Gerichtsvollzieher beantragen, § 802a Abs. 2 ZPO, der diese nach dem in der Zivilprozessordnung vorgeschriebenen Verfahren einholt, § 802f ZPO. Dem Schuldner droht Erzwingungshaft, wenn er der Aufforderung nicht nachkommt.[259] Die Vermögensverzeichnisse werden in jedem Bundesland von einem zentralen Vollstreckungsgericht elektronisch verwaltet und können über das Internet abgerufen werden.[260] Zum Abruf der Vermögensverzeichnisse sind nur Gerichtsvollzieher sowie ihnen gleichgestellte Vollstreckungsbehörden, Vollstreckungsgerichte, Insolvenzgerichte, Registergerichte sowie Strafverfolgungsbehörden berechtigt.[261] Wirtschaftsauskunfteien sind daher nicht befugt, Einsicht in die Vermögensverzeichnisse zu nehmen.

bb) Einsichtnahme in das Schuldnerverzeichnis

Anders als die Vermögensverzeichnisse ist das Schuldnerverzeichnis für jedermann einsehbar, der einen der in § 882f S. 1 ZPO abschließend genannten Zwecke darlegen kann.[262] Da die Einsichtnahme von Bedingungen abhängig gemacht wird, handelt es sich bei dem Schuldnerverzeichnis nicht um eine allgemein zugängliche Quelle.[263] Allgemein zugänglich ist eine Quelle, „wenn sie technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, d. h. einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis, Informationen zu verschaffen“.[264] Es findet jedoch vor der Einsichtnahme in das Schuldnerverzeichnis keine Überprüfung des tatsächlichen Vorliegens der Zweckvoraussetzungen statt.[265] Die Einsicht kann für registrierte Nutzer über das Internet erfolgen.[266]
Problematisch ist, ob für Wirtschaftsauskunfteien überhaupt einer der im Gesetz genannten Einsichtszwecke gegeben ist. In Betracht kommt als Zweck die

---

259 *Rathmann*, in: Saenger, § 802g, Rn. 1.
260 § 802k Abs. 1 ZPO.
261 § 802k Abs. 2 ZPO.
262 *Rathmann*, in: Saenger, § 882f, Rn. 1.
263 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 155.
264 BVerfG, Beschl. v. 3.10.1969, Az.: 1 BvR 46/65, NJW 1970, 235 (237).
265 *Voit*, in: Musielak, § 882f, Rn. 8.
266 *Rathmann*, in: Saenger, § 882f, Rn. 2.

Abwendung wirtschaftlicher Nachteile, die dadurch entstehen, dass Schuldner ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen, § 882f Nr. 4 ZPO. Wegen der durch eine Einsichtnahme verwirklichten Berührung der Grundrechte des Betroffenen wird für eine enge Auslegung der Nummer vier plädiert.[267] Teilweise wird sogar gefordert, der Einsichtnehmende müsse in konkreten Vertragsverhandlungen mit dem Betroffenen stehen.[268] Diese Voraussetzung ist für Wirtschaftsauskunfteien, die zu dem Betroffenen in aller Regel in keiner vertraglichen oder vorvertraglichen Beziehung stehen,[269] nicht erfüllt. In der Gesetzesbegründung heißt es, dass Nummer vier dem berechtigten Interesse des Geschäftsverkehrs dienen soll, sich rechtzeitig und mit vertretbarem Aufwand über die Kreditwürdigkeit eines potentiellen Vertragspartners informieren zu können.[270] Dazu passt es auch, dass die neu eingeführten Vorschriften der Verbesserung des Schutzes des Rechtsverkehrs vor zahlungsunwilligen und -unfähigen Vertragspartnern dienen sollen.[271] Die Verwirklichung dieses Schutzes ist das Kernziel der Betätigung der Wirtschaftsauskunfteien. Vor dem Hintergrund der Gesetzesbegründung ist daher von der zulässigen Einsichtnahme der Wirtschaftsauskunfteien in das Schuldnerverzeichnis auszugehen. Ihre Einsichtnahme in das Schuldnerverzeichnis muss auch unabhängig von einem konkreten Vertragsabschluss zulässig sein. Hierfür spricht, dass das Schuldnerverzeichnis – anders als die Vermögensverzeichnisse – keine Details zu den Vermögensverhältnissen eines Schuldners enthält.[272]

b) Register, Bücher und öffentliche Bekanntmachungen

Wirtschaftsauskunfteien greifen außerdem auf für jedermann zugängliche Register und öffentliche Bekanntmachungen zurück und entnehmen diesen Angaben zu Privatpersonen und Unternehmen.[273] Ein Beispiel sind die öffentlichen Bekanntmachungen von Insolvenzgerichten, § 9 InsO, in denen über das Inter-

---

267 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 882f, Rn. 9; *Eickmann*, in: MüKo, ZPO, § 882f, Rn. 7; *Olzen*, in: Prütting/Gehrlein, § 882f, Rn. 6.

268 *Eickmann*, in: MüKo, ZPO, § 882f, Rn. 7.

269 Siehe 1. Teil B. I. 4.

270 BT-Drucks., 16/10069, 30.7.2008, S. 41.

271 BT-Drucks., 16/10069, 30.7.2008, S. 35.

272 *Olzen*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 882f, Rn. 2; *Schuschke*, in: Schuschke/Walker, § 882f, Rn. 1.

273 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 55.

net[274] bekanntgegeben wird, gegen welchen Schuldner ein Insolvenzverfahren bei Gericht beantragt wurde oder zu wessen Gunsten eine Restschuldbefreiung ansteht bzw. erteilt wurde.[275] Ferner sind Recherchen in den öffentlichen Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregistern sowie in den Bekanntmachungen der Registergerichte möglich.[276] Daneben existieren Register, deren Einsichtnahme nicht jedermann offen steht, sondern wie beim Grundbuch für Unbeteiligte an die Darlegung eines berechtigten Interesses gebunden ist, § 12 GBO.[277] Wirtschaftsauskunfteien können diesen Registern nur dann Informationen entnehmen, wenn sie die Voraussetzungen für ein Einsichtsrecht im Einzelfall erfüllen. Steht die Einsichtnahme in Register und Bücher nur einem bestimmten Personenkreis offen oder wird diese von einem berechtigten Interesse oder anderen Bedingungen abhängig gemacht, handelt es sich nicht um allgemein zugängliche Quellen.[278]

3. Internet

Denkbar ist ferner die Beschaffung von bonitätsrelevanten Informationen aus dem Internet. Problematisch ist insbesondere die Nutzung von Daten aus sozialen Netzwerken. Die Nutzer entsprechender Portale stellen auf ihren Profilseiten umfassende Informationen über die eigene Person, ihre Vorlieben und ihren Lebensstil, inklusive Fotos von Urlauben oder Konsumgütern, zur Verfügung. Es liegt auf der Hand, dass viele dieser Informationen für die Beurteilung der Bonität einer Person relevant sein können. Der Großteil der Nutzer sozialer Netzwerke wird sich über diese Verwendungsmöglichkeit seiner persönlichen Daten jedoch nicht im Klaren sein. Ferner ist bei einer Auswertung sozialer Netzwerke durch Wirtschaftsauskunfteien der Verdacht naheliegend, dass Informationen über den Betroffenen gesammelt und gespeichert werden, die zur Leistung der Dienste von Wirtschaftsauskunfteien gar nicht erforderlich sind. Dementsprechend lösten Presseberichte über eine geplante Studie des Hasso-Plattner-Instituts an der Universität Potsdam in Kooperation mit der *SCHUFA*

---

274 https://www.insolvenzbekanntmachungen.de/ (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

275 *Krämer*, NJW 2012, 3201 (3203).

276 https://www.handelsregister.de/rp_web/welcome.do (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

277 *Krämer*, NJW 2012, 3201 (3203).

278 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 153.

zur „Analyse und Erforschung von Daten aus dem Web“ [279] im Juni 2012 eine breite öffentliche Diskussion aus.[280] Nach Medienberichten war eine Auswertung auch von Textdateien geplant, um das Meinungsbild einer Person zu ermitteln, ferner wäre es denkbar, die Beziehungen der Personen zu analysieren und Hinweise auf die Kreditwürdigkeit anhand des sozialen Umfelds einer Person zu erlangen.[281] Aufgrund der massiven öffentlichen Kritik an dem geplanten Forschungsprojekt nahmen das Hasso-Plattner-Institut und die *SCHUFA* Abstand von dem Projekt und kündigten die Zusammenarbeit auf.[282] Die Bestrebungen zeigen jedoch, dass auf Seiten der Wirtschaftsauskunfteien großes Interesse an den in sozialen Netzwerken millionenfach verfügbaren Datensätzen über Personen besteht. Im Ausland sind außerdem bereits Dienste tätig, die Daten aus sozialen Netzwerken für Scorewertberechnungen nutzbar machen, etwa das estländische Startup *Big Data Scoring*.[283]

4. Sonstige Medien

In Betracht kommt zudem die Beschaffung bonitätsrelevanter Informationen aus für jedermann bereitgestellten Medien wie Funk- und Fernsehen oder der Presse. Es ist jedoch zu bedenken, dass die Verwertung von Angaben aus Medienberichten einen hohen Recherche- und Auswertungsaufwand erfordert.

---

279 http://www.hpi.uni-potsdam.de/fileadmin/hpi/Pressemitteilungen_2012/20120604_Schufa_Lab_HPI.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

280 http://www.focus.de/digital/computer/schufa-will-daten-aus-sozialen-netzwerken-nutzen-facebook-plaene-der-schufa-stossen-auf-kritik_aid_763758.html (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

281 http://www.ndr.de/ratgeber/netzwelt/schufa121.html (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

282 https://hpi.de/pressemitteilungen/2012/schufa-forschungsprojekt-gekuendigt.html (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

283 http://t3n.de/news/cebit-startup-big-data-scoring-533471/ (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

2. Teil: Datenschutzrechtliche Untersuchung

Mit der Berechnung von Scorewerten sind eine Vielzahl von Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen durch Wirtschafsauskunfteien und durch die scorewertanfragenden und nutzenden (Kredit-)Unternehmen verbunden. Ausgangspunkt der datenschutzrechtlichen Untersuchung ist die Überprüfung der Zulässigkeit dieses Umgangs mit personenbezogenen Daten. Dem schließt sich in den einzelnen Abschnitten eine Beurteilung der Effektivität und Effizienz der bestehenden Regelungen im Hinblick auf die Verhinderung unrichtiger und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte als gemeinsames Interesse aller beteiligten Akteure an.

A. Anwendbares Datenschutzrecht

Zu Beginn der datenschutzrechtlichen Untersuchung stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Datenschutzrecht. Hier ergibt sich im Hinblick auf die europäische Entwicklung des Datenschutzrechts eine Besonderheit. In der Europäischen Union wird voraussichtlich im Juni 2016 die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) formal angenommen. Sie tritt am zwanzigsten Tag nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in Kraft, wird jedoch erst nach einer zweijährigen Übergangszeit ab 2018 angewendet. Die DS-GVO ist das Ergebnis langwieriger Verhandlungen der drei europäischen Institutionen, der Europäischen Kommission, dem Europäischen Parlament und dem EU-Ministerrat. Der erste Entwurf wurde bereits am 25.1.2012 von der damaligen EU-Justizkommissarin Viviane Reding vorgelegt.[284] Der für innere Angelegenheiten zuständige LIBE-Ausschuss des Europäischen Parlaments hat den Kommissionsentwurf in vielen Punkten – es lagen ca. 4000 Änderungsanträge vor – geändert und am 21.10.2013 beschlossen. Der geänderte Entwurf hat am

[284] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung): http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:DE:PDF (zuletzt abgerufen am 14.3.2016).

12.3.2014 nach erster Lesung das Europäische Parlament passiert.[285] Im Anschluss hat sich nach langwierigen Verhandlungen der Ministerrat im Juni 2015 auf eine Fassung der Verordnung geeinigt. Seit dem 24.6.2015 liefen die Trilog-Verhandlungen zwischen der Europäischen Kommission, dem Europäischem Parlament und dem EU-Ministerrat über die abschließende Fassung der DS-GVO.[286] Diese konnten am 15.12.2015 mit einer gemeinsamen Entwurfsfassung abgeschlossen werden.[287] Die DS-GVO wird in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unmittelbar gelten und löst die nationalen Datenschutzgesetze ab.[288] Lediglich an einigen Stellen sieht die DS-GVO Öffnungsklauseln vor, die den Mitgliedstaaten und der Union die Befugnis zum Erlass spezifischer Regelungen einräumen.

Bis zum Ende der Übergangsfrist 2018 bleiben die nationalen Datenschutzvorschriften das maßgebliche Recht für Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen in den Mitgliedstaaten. Diese Arbeit untersucht daher die datenschutzrechtliche Zulässigkeit des Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien sowohl unter Geltung des aktuellen deutschen Datenschutzrechts als auch unter Geltung der DS-GVO. Maßgeblich ist dabei die Verordnung in der Fassung der Einigung nach den Trilog-Verhandlungen vom 15.12.2015 (im Folgenden DS-GVO[TRILOG]).[289] Inhaltliche Änderungen dieses Textes sind nicht mehr zu erwarten.[290] Dabei ist die Prüfung der Eröffnung des Anwendungsbereichs der DS-GVO[TRILOG] bereits Teil der datenschutzrechtlichen Untersuchung im zweiten Teil dieser Arbeit. Die Erörterung der Zulässigkeit des Scoring unter

---

285 Inoffizielle Version nach Entschließung des EU-Parlaments v. 12.3.2014, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bTA%2bP7-TA-2014-0212%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fDE&language=DE (zuletzt abgerufen am 14.3.2016).

286 *Albrecht*, CR 2016, 88.

287 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 15.12.2015, http://statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf (zuletzt abgerufen am 22.1.2016).

288 *Albrecht*, CR 2016, 88 (90).

289 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 15.12.2015, http://statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf (zuletzt abgerufen am 23.1.2016).

290 *Albrecht*, CR 2016, 88 f.

der Geltung der DS-GVO[TRILOG] wird im fünften Teil dieser Arbeit vorgenommen.

I. Anwendungsbereiche nationaler Datenschutzgesetze

Das maßgebliche nationale Datenschutzgesetz für Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen durch nicht-öffentliche Stellen im Sinne des § 2 Abs. 4 BDSG, wie z. B. Wirtschaftsauskunfteien, ist das BDSG. Das Gesetz selbst enthält jedoch in § 1 Abs. 3 BDSG das Subsidiaritätsprinzip,[291] wonach andere Bundesgesetze vorrangig gelten, soweit sie auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind. Ob entsprechende Spezialgesetze für das Scoring einschlägig sind, wird im Folgenden geklärt.

1. Räumlicher Anwendungsbereich des BDSG

In räumlicher Hinsicht gilt für die Anwendbarkeit des BDSG grundsätzlich das Territorialitätsprinzip.[292] Für Tätigkeiten verantwortlicher Stellen aus Mitgliedstaaten der EU und des EWR legt § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG jedoch ein „abgeschwächtes Sitzlandprinzip“[293] fest.[294] Danach ist das Datenschutzrecht des Staates anwendbar, in dem die für die Datenverarbeitung aktiv verantwortliche Stelle ihre Niederlassung hat.[295] Dieser räumliche Anwendungsbereich geht auf Art. 4 der EG-Datenschutzrichtlinie[296] zurück und bezweckt Unsicherheiten bei der Bestimmung des anzuwendenden nationalen Datenschutzrechts innerhalb der EU und dem EWR zu vermeiden.[297] Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf den Umgang mit Daten durch in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassene Wirtschaftsauskunfteien und (Kredit-)Unternehmen. Der räumliche Anwendungsbereich des BDSG ist daher eröffnet.

---

291 *Dix*, in: Simitis, § 1, Rn. 170.

292 *Dammann*, in: Simitis, § 1, Rn. 200.

293 *Dammann*, in: Simitis, § 1, Rn. 199.

294 *Gabel*, in: Taeger/Gabel, § 1, Rn. 49.

295 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 1, Rn. 16.

296 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 39.

297 *Dammann*, in: Simitis, § 1, Rn. 199.

2. Sachlicher Anwendungsbereich des BDSG

In sachlicher Hinsicht findet das BDSG Anwendung auf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen, soweit hierbei Datenverarbeitungsanlagen zum Einsatz kommen oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden, § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG. Das Gesetz bezieht somit nur den dateigebundenen Umgang privater Stellen mit personenbezogenen Daten in seinen Anwendungsbereich ein.[298] Weder an der Einordnung von Wirtschaftsauskunfteien und anderen privat-rechtlichen Unternehmen als nicht-öffentliche Stellen i. S. d. § 2 Abs. 4 BDSG noch an dem Vorliegen eines dateigebundenen Umgangs mit Daten bestehen beim Scoring Zweifel. Lediglich für die Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen im Rahmen des Scoring, die durch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute getätigt werden, eröffnet sich der Anwendungsbereich des BDSG nicht über § 1 Abs. 3 BDSG. Für sie ist § 1 Abs. 2 Nr.1 bzw. Nr. 2 BDSG einschlägig. Im Ergebnis führt dies in vielen Fällen ebenfalls zur Anwendbarkeit des BDSG. Lediglich für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute der Länder, die Landesrecht ausführen, gelten vorrangig die Vorschriften der Landesdatenschutzgesetze, sofern hier Regelungen existieren, § 1 Abs. 1 BDSG. Der Anwendung der Landesdatenschutzgesetze gehen jedoch wiederum Spezialgesetze für die in Frage stehenden Datenverarbeitungen vor, z. B. § 2 Abs. 3 LDSG NW. Von entscheidender Bedeutung für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des BDSG, aber auch für speziellere Datenschutzgesetze, ist die Frage, ob beim Scoring personenbezogene Daten vorliegen.[299]

a) Personenbezug der erhobenen, verarbeiteten und genutzten Daten, § 3 Abs. 1 BDSG

Die Zulässigkeit des Datenumgangs beim Scoring bestimmt sich nach Maßgabe der Datenschutzgesetze, soweit es sich um personenbezogene Daten handelt. Hintergrund für die Anknüpfung an den Personenbezug ist, dass die Datenschutzgesetze dem Schutz des Grundrechts auf informationelle Selbstbestim-

---

298 *Dammann*, in: Simitis, § 1, Rn. 138.

299 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 3.

mung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG dienen.[300] Personenbezogene Daten sind nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener). Beim Scoring ist der Personenbezug der erhobenen, verarbeiteten und genutzten Daten in zwei Fällen problematisch: Erstens ist fraglich, ob es sich bei dem errechneten Scorewert, der lediglich einen Wahrscheinlichkeitswert für das zukünftige Zahlungsverhalten einer Privatperson oder eines Unternehmens darstellt, um eine Angabe zu den persönlichen oder sachlichen Verhältnissen des Betroffenen handelt. Zweitens spricht das Gesetz in der Legaldefinition personenbezogener Daten in § 3 Abs. 1 BDSG nur von Angaben über eine natürliche Person (Betroffener), sodass fraglich ist, ob auch Angaben und ggf. Scorewerte in Bezug auf Unternehmen erfasst sind.

aa) Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse

Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse des Betroffenen sind Informationen, die etwas über die Person des Betroffenen oder über einen auf diese beziehbaren Sachverhalt aussagen.[301] Hierzu zählen „äußerliche, körperliche Merkmale“, Verhaltensweisen, soziale und berufliche Beziehungen und auch „geistige Zustände“ einer Person.[302] Ferner sind auch Namen und sonstige Identifizierungsmerkmale erfasst, obwohl sie – wörtlich genommen – nicht zu den persönlichen Verhältnissen des Betroffenen gehören.[303] Insbesondere für sonstige Identifizierungsmerkmale, wie z. B. eine IP-Adresse, ist zu bemerken, dass der Personenbezug sich nicht allein aus der Nummer, wohl aber aus der Zusammenführung der Nummer mit Kontextinformationen ergibt.[304] Dies macht deutlich, dass im Grunde jede für sich genommen aussagefreie Information in Zusammenhang mit anderen Informationen ein personenbezogenes Datum darstellen kann. Im Volkszählungsurteil brachte das Bundesverfassungsgericht dies mit der Feststellung zum Ausdruck, dass es kein „belangloses“ Datum mehr gebe.[305] Beim Scoring werden Personendaten, Positiv- und

300 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 1, Rn. 1.

301 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 3, Rn. 19.

302 *Dammann*, in: Simitis, § 3; Rn. 10.

303 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 10.

304 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 10.

305 BVerfG 65, 1 (45) – Volkszählung.

Negativdaten, Anfragedaten sowie sonstige Daten zu Privatpersonen und Unternehmen erhoben, verarbeitet und genutzt.[306] Bei den unterschiedlichen Datenarten handelt es sich grundsätzlich um Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse. Sie enthalten tatsächliche Informationen über die Identität und das Vertrags- und sonstige Verhalten einer Privatperson oder eines Unternehmens im Rechtsverkehr. Fraglich ist jedoch, ob auch der aus diesen Informationen für Privatpersonen und Unternehmen errechnete Scorewert eine Einzelangabe zu den persönlichen oder sachlichen Verhältnissen darstellt.

(1) Der Scorewert als personenbezogenes Datum

Der von den Wirtschaftsauskunfteien errechnete Scorewert für eine Privatperson oder ein Unternehmen bildet in einem Zahlenwert die Wahrscheinlichkeit ab, mit der diese Person oder dieses Unternehmen seiner Zahlungsverpflichtung für einen bestimmten Vertrag nachkommen wird.[307] *Wuermeling* ist der Auffassung, dass es sich nicht um eine Angabe zu den tatsächlichen persönlichen oder sachlichen Verhältnissen einer Person handele, da nur eine hypothetische Prognose ihrer Zahlungswilligkeit und -fähigkeit anhand der Zuordnung zu einer anonymisierten Vergleichsgruppe erstellt werde.[308] Auch *Kamlah* führt die Tatsache, dass der Scorewert lediglich eine Prognose für das hypothetische Verhalten des Betroffenen darstellt, als Argument gegen den Personenbezug des Scorewertes an.[309] Der Scorewert treffe keine Aussage darüber, ob das prognostizierte Zahlungsverhalten bei einer Person tatsächlich eintrete, es handele sich lediglich um eine statistische Information.[310] Dabei handelt es sich um ein bemerkenswertes Argument, wenn man bedenkt, dass es die Aussagekraft von Scorewerten generell in Zweifel zieht. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese Meinung vor der Einführung des § 28b BDSG, die zum 1.4.2010 in das BDSG erfolgte, vertreten wurde.[311] Aus der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber den Personenbezug der Scorewerte annimmt,

306 Siehe 1. Teil B. IV.

307 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 16.

308 *Wuermeling*, NJW 2002, 3508 (3509).

309 *Kamlah*, MMR 2003, V (VI); *Kamlah*, MMR 1999, 395 (401).

310 *Kamlah*, MMR 2003, V (VI); *Kamlah*, MMR 1999, 395 (401).

311 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 16.

auch wenn dieser nicht ausdrücklich festgestellt wird.[312] Es heißt, dass § 28b BDSG, der die Berechnung des Scoring regelt, die Zulässigkeitsvoraussetzungen für bestimmte Datenverwendungen im Rahmen des Scoring regele.[313] Datenverwendungen bedürfen jedoch nur einer datenschutzrechtlichen Regelung, wenn es sich um den Umgang mit personenbezogenen Daten handelt, § 1 Abs. 1 BDSG. Für den Personenbezug der Scorewerte wurden außerdem bereits vor der Gesetzesnovellierung im Jahr 2010 gute Argumente angeführt. *Möller/Florax* stützten sich darauf, dass Prognosen, die eine Aussage über die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit einer konkreten Person treffen, genau wie Werturteile[314] über eine Person, personenbezogene Daten darstellen, und bejahten daher den Personenbezug von Scorewerten.[315]

(2) Zwischenergebnis zum Personenbezug des Scorewertes

Insgesamt sprechen die überzeugenderen Argumente für die Annahme des Personenbezuges der Scorewerte. Nach der Gesetzesnovellierung im Jahr 2010 entspricht dieses Ergebnis auch der absolut herrschenden Meinung.[316]

bb) Natürliche Person

Die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse, worunter der Scorewert und die sonstigen Datenarten fallen, müssen sich auf eine natürliche Person beziehen.[317] Natürliche Person ist in Abgrenzung zu juristischen Personen und Personenmehrheiten: „[j]eder lebende Mensch".[318] Anders als in anderen europäischen Ländern wie Italien, Österreich, Schweiz und Luxemburg hat

---

312 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 11.

313 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 11.

314 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 12; 52.

315 *Beckhusen*, BKR 2005, 335 (337); *Möller/Florax*, NJW 2003, 2724 (2725); *Petri*, DuD 2003, 631 (633 f.); *Wäßle/Heinemann*, CR 2010, 410 (411).

316 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 16; *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 71; *Schild*, in: Wolff/Brink, § 3, Rn. 15; *Schreiber*, in: Plath, § 3, Rn. 9; *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 3, Rn. 18; *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 677; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 30.

317 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 17.

318 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 17.

der deutsche Gesetzgeber Informationen über juristische Personen und Personenmehrheiten damit vom Anwendungsbereich des BDSG ausgenommen.[319] Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers ist im Hinblick auf den Schutzgehalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG überzeugend. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und knüpft mitunter an die durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Würde des Menschen an.[320] Die Menschenwürde ist bei juristischen Personen und Personenmehrheiten nicht vorhanden, sodass für sie ein in datenschutzrechtlicher Hinsicht herabgesenkter Schutzbedarf besteht. Allerdings können sich auch juristische Personen auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, gestützt auf Art. 2 Abs. 1 GG, berufen, wenn eine staatliche informationelle Maßnahme ihre spezifische Freiheitsausübung gefährdet.[321] Die Wertung, dass juristische Personen in datenschutzrechtlicher Hinsicht weniger schutzwürdig sind, liegt ebenso der EG-Datenschutzrichtlinie in Art. 2 lit. a und in Erwägungsgrund 24[322] zugrunde.[323]

Dem kann entgegen gehalten werden, dass juristische Personen sich auf den verfassungsrechtlich gewährten Datenschutz berufen können, sofern eine staatliche Maßnahme ihre spezifische Freiheitsausübung, insbesondere ihre wirtschaftliche Tätigkeit, betrifft.[324] Für das Scoring durch privatrechtlich organisierte Wirtschaftsauskunfteien mangelt es jedoch an einem staatlichen Eingriff. Es sei denn das Scoring wird durch einen Träger hoheitlicher Gewalt zur Entscheidung über die Vergabe öffentlich-rechtlicher Leistungen eingesetzt. Dies ist jedoch ein Ausnahmefall. Diese Arbeit beschränkt sich auf den Einsatz des Scoring für ein verbessertes Risikomanagement privater (Kredit-)Unternehmen. Hierzu werden bonitätsrelevante Daten über Privatpersonen und Unternehmen erhoben und verarbeitet und durch die Zuordnung der Merkmalsdispositionen

---

319 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 8; *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 17 ff.; *Kuner*, European Data Privacy Law and Online Business, S. 55, Rn. 2.14; *Wäßle/Heinemann*, CR 2010, 410 (411).

320 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2, Rn. 176.

321 BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007, Az.: 1 BvR 1550/03, NJW 2007, 2464 (2471), Rn. 153, 157.

322 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 38, 33.

323 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 17.

324 VGH Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.5.2014, Az.: VGH B 35/12, ZUM 2014, 687 (688).

zu einer Vergleichsgruppe wird der Scorewert errechnet.[325] Bei den betroffenen Privatpersonen handelt es sich um lebende Menschen, mithin um natürliche Personen. Sofern beim Scoring Daten verarbeitet werden, die sich auf Privatpersonen beziehen, liegen die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des BDSG daher bis hierhin vor.

Problematisch ist die Anwendbarkeit des BDSG jedoch im Hinblick auf die Scorewertberechnungen für Unternehmen. In der juristischen Literatur und Rechtsprechung finden sich verschiedene Unternehmensbegriffe. Eine einheitliche Definition gibt es nicht.[326] Der Unternehmensbegriff ist im Einzelfall nach dem Sinn und Zweck einer Norm zu bestimmen („teleologischer Unternehmensbegriff“).[327] Diese Arbeit versteht unter Unternehmen, angelehnt an den Unternehmerbegriff aus § 14 BGB, Personen oder Personenmehrheiten, die Scorewerte im Rahmen der Entscheidung über das *Ob* und *Wie* eines Vertragsschlusses zu gewerblichen oder selbständig beruflichen Zwecken nutzen. Bei Unternehmen handelt es sich je nach Rechtsform um juristische Personen des Privatrechts (AG, GmbH, eingetragener Verein, eingetragene Genossenschaft u. a.) oder um Personenmehrheiten, insbesondere Personengesellschaften (GbR, PartG, OHG, KG u. a.). Die Berechnung der Scorewerte zu Unternehmen ist nur dann am Maßstab des BDSG auf ihre Zulässigkeit zu prüfen, wenn die verwendeten Daten im Einzelfall auf eine natürliche Person beziehbar sind, die hinter dem Unternehmen steht.[328] Dies führt nicht zu einer Einbeziehung juristischer Personen und Personenmehrheiten in den Anwendungsbereich des BDSG. Es wird lediglich die Tatsache berücksichtigt, dass eine bonitätsrelevante Information über ein Unternehmen zugleich auch ein personenbezogenes Datum über eine natürliche Person, die für das Unternehmen tätig ist, darstellen kann. Ob sich die bonitätsrelevanten Informationen über ein Unternehmen im Einzelfall zugleich auf eine natürliche Person beziehen, ist anhand der Rechtsform des Unternehmens und der Art der Daten zu ermitteln.

---

325 *Gola/Schomerus*, § 28b, Rn. 1; *Abel*, RDV 2006, 108 (109).

326 *Bayer*, in: MüKo, AktG, § 15, Rn. 9.

327 *Bayer*, in: MüKo, AktG, § 15, Rn. 10.

328 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 19.

(1) Scorewertberechnungen für juristische Personen

Bonitätsrelevante Informationen über juristische Personen (eingetragene Vereine, Stiftungen, eingetragene Genossenschaften, GmbH, AG u.a.), die zur Berechnung von Scorewerten herangezogen werden, beziehen sich regelmäßig nicht gleichzeitig auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen. Hintergrund ist die Tatsache, dass juristische Personen eine selbständige Rechtspersönlichkeit besitzen[329] und im Haftungsfall eine unmittelbare, persönliche Haftung der Mitglieder der juristischen Person nicht besteht.[330] Es herrscht eine Trennung des Vermögens der juristischen Person von dem ihrer Mitglieder.[331] Diese Trennung wird nur in Ausnahmefällen faktisch durchbrochen, falls seitens der Mitglieder ein treuwidriges Verhalten zum Nachteil der Gläubiger der juristischen Person vorliegt.[332] Wenn im Haftungsfall nur die juristische Person selbst eintritt, nicht aber deren Mitglieder, sind Informationen über diese natürlichen Personen für die Bonität der juristischen Person nicht relevant. Dies gilt jedoch nicht absolut. Auch wenn beispielsweise die Person des Geschäftsführers einer GmbH im Haftungsfall nicht mit ihrem eigenen Vermögen einsteht, kann ihr Verhandlungsgeschick oder ihre hohe Umsatzgenerierung eine bonitätsrelevante Information über die Kapitalgesellschaft selbst darstellen. Die Information über die Umsatzstärke der Person des Geschäftsführers stellt in Zusammenhang mit der Information über seine Unternehmenszugehörigkeit und Funktion eine bonitätsrelevante Information über die juristische Person dar. Gleichzeitig handelt es sich um ein personenbezogenes Datum über die natürliche Person des Geschäftsführers. Ebenso verhält es sich mit bonitätsrelevanten Informationen über eine Ein-Mann-GmbH, die gleichzeitig personenbezogene Daten über den Alleingesellschafter darstellen.[333] Die Angaben über die Unternehmenszugehörigkeit und Funktion von natürlichen Personen in einem Unternehmen sind immer personenbezogene Daten.[334] Sie sind jedoch in vielen Fällen für sich genommen nicht bonitätsrelevant für das Unternehmen und sind daher im Rahmen des Scoring für ein Unternehmen nicht

---

329 *Westermann*, in: Erman, Vor § 21, Rn. 1; Vor. § 1, Rn. 1.

330 *Reuter*, in: MüKo, BGB, Vor § 21, Rn. 7.

331 *Westermann*, in: Erman, Vor § 21, Rn. 5.

332 BGH, Urt. v. 10.12.2007, Az.: II ZR 239/05, NZG 2008, 670 ff.; *Westermann*, in: Erman, Vor § 21, Rn. 5.

333 BGH, Urt. v. 17.12.1985, Az.: VI ZR 244/84, NJW 1986, 2505 (2506).

334 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 44.

von Bedeutung. Das vorgenannte Fallbeispiel zeigt jedoch, wie diese Informationen in Zusammenführung mit weiteren Daten – hier der Umsatzstärke des Geschäftsführers – zu bonitätsrelevanten Informationen über ein Unternehmen werden, deren Verwendung zur Scorewertberechnung nicht ausgeschlossen werden kann. Sofern bonitätsrelevante Informationen über ein Unternehmen gleichzeitig eine Information über eine natürliche Person in dem Unternehmen enthalten, ist für sie somit der Anwendungsbereich des BDSG eröffnet.

(2) Scorewertberechnungen für Personenmehrheiten

Anders als juristische Personen, besitzen andere Personenmehrheiten (nichtrechtsfähige Vereine, GbR, OHG, KG, Erbengemeinschaft u.a.), zu denen sich mehrere natürliche Personen zusammenschließen, keine eigene Rechtspersönlichkeit.[335] Für die OHG und die KG ist jedoch die (Teil-)Rechtsfähigkeit in § 124 Abs. 1 bzw. § 161 Abs. 2 i. V. m. § 124 Abs. 1 HGB gesetzlich angeordnet. Nur wer Rechtsfähigkeit besitzt, kann im Rechtsverkehr „Träger von Rechten und Pflichten“ sein, mithin selbst Vertragspartner werden.[336] Da das Scoring zur Bewertung der Bonität potentieller Vertragspartner eingesetzt wird, kommt es für nichtrechtsfähige Personenmehrheiten (nichtrechtsfähiger Verein, Erbengemeinschaft, Ehegemeinschaft) überhaupt nicht zur Berechnung eines Scorewertes. Diese datenschutzrechtliche Untersuchung beschränkt sich folglich auf rechtsfähige Personenmehrheiten. Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) wird die Rechtsfähigkeit zwar nicht gesetzlich angeordnet, ist für die Außen-GbR jedoch durch höchstrichterliche Rechtsprechung anerkannt.[337] Bonitätsrelevante Informationen über Unternehmen, die als rechtsfähige Personengesellschaften organisiert sind, beziehen sich auch auf die natürlichen Personen, die als Gesellschafter für das Unternehmen tätig werden.[338] Dafür spricht die in § 128 bzw. § 128 i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB gesetzlich angeordnete und für die GbR anerkannte[339] akzessorische Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Gesellschafter haften „persönlich“, „unmittelbar“ und „unbeschränkt“ mit ihrem ganzen Vermögen für die

---

335 *Reuter*, in: MüKo, BGB, Vor § 21, Rn. 7.

336 *Saenger*, in: Erman, Vor § 1, Rn. 1.

337 BGH, Urt. v. 29.1.2001, Az.: II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 (1056).

338 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 52 ff.

339 BGH, Urt. v. 29.1.2001, Az.: II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 (1061).

Verbindlichkeiten der Gesellschaft.[340] Der bei der KG vorhandene Kommanditist ist zwar haftungsbeschränkt, haftet für die Verbindlichkeiten der KG aber unmittelbar bis zur Höhe seiner Einlage, wenn er diese noch nicht eingezahlt hat. Daraus folgt, dass den bonitätsrelevanten Informationen über Unternehmen, die in der Rechtsform von rechtsfähigen Personengesellschaften organisiert sind, zugleich eine Aussage über die finanziellen Verhältnisse der hinter ihnen stehenden natürlichen Personen zu entnehmen ist. Der Personenbezug dieser Informationen ist somit regelmäßig gegeben. Der Anwendungsbereich des BDSG ist eröffnet.

cc) Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit

Ausgehend von der Legaldefinition personenbezogener Daten in § 3 Abs. 1 BDSG muss die natürliche Person, auf deren persönliche oder sachliche Verhältnisse sich Angaben beziehen, bestimmt oder bestimmbar sein. Bestimmtheit liegt vor, wenn die Person, auf die sich die Angaben beziehen, feststeht.[341] Für das Scoring werden Daten über eine Person in Verbindung mit ihrem Namen, Geburtsdatum und ihrer Anschrift durch Zuordnung zu einer anonymen Vergleichsgruppe genutzt, um einen Wahrscheinlichkeitswert für das künftige Zahlungsverhalten dieser Person zu ermitteln. Sofern bonitätsrelevante Informationen gemeinsam mit Angaben zu der Person, die diese zweifelsfrei identifizieren, verwendet werden, liegt Bestimmtheit vor. Bei den Informationen über natürliche Personen, die zur Berechnung eines Scorewertes herangezogen werden, handelt sich daher immer um personenbezogene Daten. Das BDSG und ggf. einschlägige andere Datenschutzgesetze sind auf den Umgang mit diesen Informationen anwendbar. Hinsichtlich der Scorewertberechnungen für Unternehmen ist entscheidend, ob die bonitätsrelevanten Informationen über das Unternehmen gleichzeitig eine Aussage über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person, die hinter dem Unternehmen steht, enthalten. Sofern eine Information in Verbindung mit dem Namen einer natürlichen Person steht, liegt zweifelsfrei Bestimmtheit vor. Ist kein Name angegeben, kommt es darauf an, ob die natürliche Person, auf die sich die Informationen beziehen, bestimmbar ist. Für die Anwendbarkeit des BDSG ist es unerheblich, ob Bestimmtheit oder

---

340 *Boesche*, in: Oetker, § 128, Rn. 1.

341 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 22.

bloß Bestimmbarkeit vorliegt.[342] Sie ist in beiden Fällen gegeben. Entscheidend für die Anwendbarkeit des BDSG ist daher die Möglichkeit der Bestimmbarkeit.[343] Diese liegt vor, wenn die natürliche Person, auf die sich bestimmte Informationen beziehen, identifiziert werden kann.[344] Es reicht auch aus, wenn die Identifizierung der betroffenen Person mithilfe von Zusatzwissen möglich ist.[345] Umstritten ist jedoch, ob dieses Zusatzwissen bei der für die Datenverarbeitung verantwortlichen Stelle selbst vorliegen muss (relativer Ansatz)[346] oder ob es für das Kriterium der Bestimmbarkeit auch ausreicht, dass irgendein beliebiger Dritter mittels seines Zusatzwissens die betroffene Person identifizieren kann (absoluter Ansatz)[347].[348] Nach einer dritten, vermittelnden Ansicht ist für das Vorliegen von Bestimmbarkeit entscheidend, ob ein realistisches Risiko besteht, dass die datenverarbeitende Stelle das zur Identifizierung objektiv vorhandene Zusatzwissen erlangt.[349] Ist dies der Fall, liegt Bestimmbarkeit vor.
Für die letztgenannte, vermittelnde Position spricht, dass das BDSG den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen bezweckt.[350] Diese Rechtsposition des Einzelnen ist jedoch nur in Gefahr, wenn ein realistisches Risiko für eine Identifizierung besteht. Daher ist der absolute Ansatz zu weit und der relative Ansatz zu eng gefasst. Für das Scoring von Unternehmen bedeutet dies, dass die verwendeten Informationen nur dann Personenbezug aufweisen, wenn die natürliche Person, auf die sich die Daten beziehen, von der datenverarbeitenden Stelle ohne unverhältnismäßigen Aufwand identifiziert werden kann. Es ist eine Entscheidung im Einzelfall geboten. Die Maßgabe *ohne unverhältnismäßigen Aufwand* orientiert sich an der gesetzlichen Definition des Anonymisierens gemäß § 3 Abs. 6 BDSG.[351]

---

342 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 11.

343 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 11.

344 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 3, Rn. 12 f.

345 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 3, Rn. 12 f.

346 *Gola/Schomerus*, § 3, Rn. 10.

347 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 3, Rn. 13.

348 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 13.

349 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 13; *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 23.

350 *Plath/Schreiber*, in: Plath, § 3, Rn. 15.

351 Vgl. *Plath/Schreiber*, in: Plath, § 3, Rn. 15.

(1) Personenbezug der Vergleichsgruppen aus dem Datensatz

Einen wesentlichen Teil der bei Wirtschaftsauskunfteien verarbeiteten Daten bildet der Datensatz der Vergleichsgruppen.[352] Wie dargestellt[353] werden die bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen Informationen über Privatpersonen und Unternehmen und ihr späteres tatsächliches Zahlungsverhalten ausgewertet, um Vergleichsgruppen zu erstellen.[354] Diese werden verwendet, um die Zahlungsausfallwahrscheinlichkeit von anderen Privatpersonen und Unternehmen mit gleichen oder ähnlichen Merkmalsdispositionen in einem Scorewert zu beziffern.[355] Für die Auswertung der Entwicklung des Zahlungsverhaltens von Privatpersonen oder Unternehmen, auf die bestimmte Merkmale zutreffen, ist ihre Identität nicht von Bedeutung. Der Datensatz wird daher anonymisiert.[356] Anonymisierte Daten zeichnen sich durch mangelnden Personenbezug aus.[357] Das BDSG ist für den Umgang mit ihnen nicht maßgeblich.[358] In § 3 Abs. 6 BDSG legt das Gesetz die Voraussetzungen für das Anonymisieren von Daten fest. Danach ist ein Verändern personenbezogener Daten derart erforderlich, dass Einzelangaben nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person zugeordnet werden können, § 3 Abs. 6 BDSG. Für das Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien finden sich keine verlässlichen Informationen, die Aufschluss darüber geben, wie das Anonymisieren praktisch durchgeführt wird. Notwendige Voraussetzung für ein Anonymisieren ist die Löschung der unmittelbaren „Identifikationsmerkmale“ (Name, Anschriften, Kontonummern).[359] Parallel zu der Frage der Bestimmbarkeit ist entscheidend, ob die datenverarbeitende Stelle – in diesem Fall die Wirtschaftsauskunftei – ohne unverhältnismäßig großen Aufwand das Zusatzwissen erlangen kann, das eine

---

352 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 108.

353 Siehe 1. Teil B. III. 1.

354 *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 107.

355 *Gola/Schomerus*, § 28b, Rn. 1; *Abel*, RDV 2006, 108 (109).

356 V*on Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 25, *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 107; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 108; *Hoeren*, RDV 2007, 93 (95).

357 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 196.

358 *Plath/Schreiber*, in: Plath, § 3, Rn. 58.

359 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 206.

Re-Identifizierung ermöglicht.[360] Angesichts der heutigen Recherchemöglichkeiten, die das Internet und die Datenanalyse mittels Big Data eröffnen, ist es vertretbar, die Möglichkeit des Anonymisierens von Daten generell anzuzweifeln.[361] Tatsächlich ist in Bezug auf das Scoring jedoch festzustellen, dass kein Bedürfnis für eine Re-Identifizierung der im Datensatz vorhandenen Informationen über Privatpersonen und Unternehmen ersichtlich ist. Die Re-Identifizierung würde nach vorheriger Löschung von Name und Anschrift und Kontonummern der Betroffenen für die Wirtschaftsauskunfteien auch einen unverhältnismäßig großen Aufwand darstellen. Für die statistische Funktion, die der Datensatz mit Vergleichsgruppen erfüllt, ist ein Vorhalten der „Identifikationsmerkmale“[362] nicht erforderlich. Wenngleich zum Beispiel die Information über häufig wechselnde Anschriften für sich genommen bonitätsrelevant ist, da sie statistisch gesehen auf eine Flucht vor Gläubigern hinweist.[363] Zur Einbeziehung dieses Umstands in die Scorewertberechnung genügt jedoch die Berücksichtigung der Anzahl der Umzüge, ohne eine Speicherung der konkreten Voranschriften. Demnach geht diese Bearbeitung von der Annahme aus, dass der Datensatz zur Bildung von Vergleichsgruppen hinreichend im Sinne des BDSG anonymisiert ist. Die Informationen aus dem Datensatz der Vergleichsgruppen können nicht ohne unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person zugeordnet werden.

(2) Zwischenergebnis zur Bestimmbarkeit

Der bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandene Datensatz zur Bildung der Vergleichsgruppen im Rahmen der Scorewertberechnung weist keine personenbezogenen Daten auf. Mangels Eröffnung des Anwendungsbereiches ist das BDSG für seine Verarbeitung und Nutzung nicht maßgeblich.

---

360 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 3, Rn. 47.

361 *Katko/Babaei-Beigi*, MMR 2014, 360 (361).

362 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 206.

363 ULD Schleswig-Holstein, Studie: Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, S. 52.

b) Zwischenergebnis zum Personenbezug

Beim externen Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien fallen in den unterschiedlichen Nutzungsstadien eine ganze Reihe personenbezogener Daten an. Die Daten, die in Verbindung mit dem Namen einer natürlichen Person erhoben oder verarbeitet werden, sind zweifelsfrei personenbezogen. Dies betrifft zunächst die Daten, die von den Vertragspartnern der Wirtschaftsauskunfteien direkt bei den Betroffen erhoben werden und dann an die Auskunfteien übermittelt werden. Ferner sind alle sonstigen Daten, die von den Wirtschaftsauskunfteien selbst in Verbindung mit dem Namen einer natürlichen Person erhoben und verarbeitet werden, personenbezogen. Hierzu zählt auch der für eine natürliche Person errechnete Scorewert. Problematisch ist der Personenbezug bei Daten, die sich auf Unternehmen beziehen. Es handelt sich nur dann um personenbezogene Daten, wenn die Informationen gleichzeitig eine Aussage über die sachlichen oder persönlichen Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person hinter dem Unternehmen enthalten. Ist dies nicht der Fall, besteht für die Scorewertberechnungen zu Unternehmen eine datenschutzrechtliche Schutzlücke. Hierbei handelt es sich jedoch um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung.[364] Für den bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen Datensatz mit Vergleichsgruppen geht diese Bearbeitung von einer den Anforderungen des BDSG entsprechenden Anonymisierung aus. Der Datensatz enthält daher keine personenbezogenen Daten. Seine Nutzung beurteilt sich nicht nach den Vorschriften des BDSG. In Bezug auf die Daten, denen Personenbezug zukommt, ist hingegen der sachliche Anwendungsbereich des BDSG eröffnet.

II. Anwendungsbereich der europäischen DS-GVO[TRILOG]

Zugrunde gelegt wird der englischsprachige Entwurf der europäischen DS-GVO[TRILOG], der am 15.12.2015 als Ergebnis aus den Trilog-Verhandlungen zwischen Europäischem Parlament, Europäischer Kommission und EU-Ministerrat hervorgegangen ist.[365] Für die deutsche Übersetzung wird die vom

---

364 *Buchner*, in: Taeger/Gabel, § 3, Rn. 8; *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 17 ff; *Wäßle/Heinemann*, CR 2010, 410 (411).

365 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 15.12.2015,

Rat der Europäischen Union am 28.1.2016 veröffentlichte vorläufige deutsche Fassung der DS-GVO[TRILOG] herangezogen.[366] Hierbei handelt es sich nicht um eine amtliche Fassung. Für die Auslegung der Vorschriften der DS-GVO[TRILOG] können sich durch die amtliche deutsche Fassung daher durchaus noch Änderungen ergeben.

1. Räumlicher Anwendungsbereich

Den räumlichen Anwendungsbereich der DS-GVO[TRILOG] legt Art. 3 DS-GVO[TRILOG] fest. Gemäß Art. 3 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] findet die Verordnung Anwendung auf alle Datenverarbeitungen, deren Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter in der Europäischen Union (EU) niedergelassen ist. Für die Bestimmung des Hauptniederlassungsortes, an dem die Hauptverwaltung des Verantwortlichen ihren Sitz hat, fordert Erwägungsgrund 27 DS-GVO [TRILOG] die Anlegung objektiver Kriterien. Ein Kriterium sei, ob die Ausübung der Managementtätigkeiten, insbesondere die Festlegung der Zwecke, Bedingungen und Mittel der Datenverarbeitungen, tatsächlich und effektiv durch eine feste Stelle innerhalb der Union erfolge. Nicht ausschlaggebend sei, ob die Datenverarbeitungen selbst an diesem Ort erfolgten. Nach Art. 3 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG] findet die Verordnung ferner Anwendung auf Datenverarbeitungen zu in der Union befindlichen betroffenen Personen durch Verantwortliche, die keine Niederlassung in der Union haben, wenn die Datenverarbeitung einem der beiden im Gesetz genannten Zwecke dient. Dies sind zum einen das Angebot von Waren und Dienstleistungen an Personen in der Union, unabhängig davon, ob sie eine Zahlung leisten müssen, Art. 3 Abs. 2 lit. a DS-GVO[TRILOG], und zum anderen die Beobachtung des Verhaltens von betroffenen Personen in der Union, Art. 3 Abs. 2 lit. b DS-GVO[TRILOG]. Der räumliche Anwendungsbereich der DS-GVO[TRILOG] richtet sich somit nach dem Marktortprinzip.[367] Diese Untersuchung beschränkt sich auf die Betrachtung der Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen zum Zwecke des Scoring durch in der Bundesrepublik Deutschland – mithin in der Europäischen

---

http://statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf (zuletzt abgerufen am 23.1.2016).

366 http://www.cr-online.de/Vorlaeufige_deutsche_Sprachfassung_der_DS-GVO[TRILOG]_v._28.1.2016.pdf (zuletzt abgerufen am 14.2.2016).

367 *Albrecht*, CR 2016, 88 (90).

Union – niedergelassene Wirtschaftsauskunfteien und (Kredit-)Unternehmen. Es besteht kein Zweifel daran, dass ihre Managementtätigkeiten und insbesondere die Festlegung der Zwecke, Bedingungen und Mittel der Datenverarbeitungen zum Scoring tatsächlich in der Union erfolgen. Der räumliche Anwendungsbereich der DS-GVO[TRILOG] ist für das externe Scoring zum Zwecke der Bonitätsprüfung somit bereits gemäß Art. 3 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] eröffnet.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht erfasst die DS-GVO[TRILOG] ebenso wie das nationale BDSG automatisierte oder dateigebundene Verarbeitungen personenbezogener Daten, Art. 2 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Die Voraussetzung der dateigebundenen Verarbeitung ist bei den Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen im Rahmen des Scoring erfüllt. Es ist nicht denkbar, dass Wirtschaftsauskunfteien oder (Kredit-)Unternehmen die Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen nicht-automatisiert und nicht-dateigebunden durchführen. Hierdurch würde der Aufwand an Zeit und Kosten für die Verarbeitung unverhältnismäßig ansteigen. Anders als im BDSG ist in der DS-GVO[TRILOG] nicht von dem Dreiklang der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten[368] die Rede, sondern die Vorschriften knüpfen nur an die Verarbeitung personenbezogener Daten („processing of personal data“)[369] an. Unter den Verarbeitungsbegriff werden jedoch alle Vorgänge im Umgang mit personenbezogenen Daten gefasst. Dies ergibt sich aus der Legaldefinition des Verarbeitungsbegriffs („processing“) in Art. 4 Abs. 3 DS-GVO[TRILOG]. Im Vergleich zum BDSG ist der Verarbeitungsbegriff der DS-GVO[TRILOG] somit weiter gefasst. Wichtigstes sachliches Kriterium für die Anwendbarkeit der DS-GVO[TRILOG] ist das Vorliegen personenbezogener Daten.

a) Personenbezogene Daten

Gemäß Art. 4 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] sind personenbezogene Daten alle Informationen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person

---

368 Etwa § 1 Abs. 2 BDSG oder § 4 Abs. 1 BDSG.

369 Etwa Art. 1 Abs. 1; Art. 2 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG].

(betroffene Person) beziehen („any information relating to an identified or identifiable natural person 'data subject'“).

aa) Alle Informationen

Anders als das BDSG, das unter den Begriff der *personenbezogenen Daten* Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer Person[370] fasst, nimmt die DS-GVO[TRILOG] keine Einschränkung hinsichtlich des Aussagegehalts von Angaben vor. Der Begriff der *personenbezogenen Daten* wird uneingeschränkt auf alle Informationen, die einer natürlichen Person zugeordnet werden können, erweitert. Beim Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien zum Zwecke der Bonitätsprüfung werden Informationen verarbeitet.

bb) Natürliche Person

Der Anwendungsbereich der DS-GVO[TRILOG] ist auf Informationen zu natürlichen Personen beschränkt. Juristische Personen sind somit vom Anwendungsbereich der DS-GVO[TRILOG] ausgenommen.[371] Ebenso wie unter Geltung des BDSG ist jedoch der Personenbezug solcher Informationen über juristische Personen zu bejahen, die gleichzeitig eine Information über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person enthalten. Denn der Personenbezug einer Information wird nicht dadurch beseitigt, dass sie in Zusammenhang mit einer juristischen Person steht. Ansonsten würde der Datenschutz in Europa eine erhebliche Schutzlücke aufweisen. Sofern beim Scoring Informationen über natürliche Personen verwendet werden, liegen die Voraussetzungen für den Personenbezug bis hierhin vor.

cc) Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit

Für die Anwendbarkeit der DS-GVO[TRILOG] kommt es darauf an, ob eine Information einer bestimmbaren natürlichen Person zugeordnet werden kann. Die Anforderungen an die Bestimmbarkeit werden in Art. 4 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] näher beschrieben. Bestimmbar ist eine Person, wenn sie di-

370 § 3 Abs. 1 BDSG.

371 Erwägungsgrund 12 DS-GVO[TRILOG].

rekt oder indirekt bestimmt werden kann („an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly"). Für eine Identifizierung ausreichend ist laut der Vorschrift insbesondere die Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser Person sind. Zusammengefasst bedeutet dies, dass personenbezogene Daten immer vorliegen, wenn eine Information auf den Klarnamen oder eine Kennung (z. B. „Hobbit_1984" oder Standort-Koordinaten) einer natürlichen Person bezogen werden kann.[372] Die Bestimmbarkeit einer Person ist somit gegeben, wenn eine Information auf ein konkretes Individuum bezogen werden kann, der Bezug zu dem bürgerlichen Namen, der Anschrift dieses Individuums oder anderen *klassischen* Identifikationsmitteln wie der Sozialversicherungs- oder der Ausweisnummer ist nicht zwingend erforderlich.[373] Der Anwendungsbereich der DS-GVO[TRILOG] wird somit auch hier im Vergleich zum BDSG erweitert. Insbesondere wird für die Bestimmbarkeit ein absoluter Ansatz zugrunde gelegt.[374] In der Verordnung heißt es in Erwägungsgrund 23 DS-GVO[TRILOG]: „To determine whether a person is identifiable, account should be taken of all the means reasonably likely to be used, such as singling out, either by the controller or by any other person to identify the individual directly or indirectly." Danach kommt es für die Bestimmbarkeit nicht allein auf das Zusatzwissen und die Möglichkeiten des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen an, sondern auf die objektiven Bestimmbarkeitsmöglichkeiten durch irgendjemanden, den Verantwortlichen oder einen beliebigen Dritten.[375] Um zu beurteilen, ob Mittel nach allgemeinem Ermessen aller Voraussicht nach zur Identifizierung genutzt werden („To ascertain whether means are reasonable likely to be used to identify the individual […]") sind gemäß Erwägungsgrund 23 DS-GVO[TRILOG] alle objektiven Faktoren wie die Kosten und der Zeitaufwand einer Identifizierung sowie die verfügbare Technologie zum Zeitpunkt der Datenverarbeitung und auch die technologische Entwicklung zu berücksichtigen: „[…] account should be taken of all objective factors, such as the costs of and the amount of time required for

372 *Härting*, CR 2013, 715 (717).

373 *Härting*, CR 2013, 715 (717 f.).

374 Erwägungsgrund 23, S. 3 DS-GVO[TRILOG].

375 *Härting*, Internetrecht, Rn. 189.

identification, taking into consideration both available technology at the time of the processing and technological development.“ Im Ergebnis führt dies dazu, dass es so gut wie keine Daten mehr geben wird, für die ein Personenbezug ausgeschlossen werden kann.[376] Damit wird der Datenschutz durch die DS-GVO[TRILOG] von dem in Deutschland bisher geltenden konkreten Schutz des Rechts des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung[377] vor Eingriffen des Staates und der Wirtschaft[378] auf eine abstrakte Gefährdungshaftung ausgeweitet. Die beim Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien in Verbindung mit dem Klarnamen einer natürlichen Person verwendeten Informationen unterfallen dem Anwendungsbereich der DS-GVO[TRILOG].

(1) Anonyme Daten nach der DS-GVO[TRILOG]

Das BDSG enthält in § 3 Abs. 6 BDSG eine Legaldefinition des Anonymisierens. Daten, die die in der Norm dargelegten Voraussetzungen erfüllen, weisen gar keinen Personenbezug (mehr) auf oder dieser kann nur mittels eines unverhältnismäßigen Aufwands wiederhergestellt werden.[379] Auf anonymisierte Daten ist das BDSG nicht anwendbar.[380] Nach Erwägungsgrund 23 S. 5 DS-GVO[TRILOG] soll es auch unter Geltung der Grundverordnung anonyme Informationen geben, für die die Grundsätze des Datenschutzes nicht zur Anwendung gelangen. Eine Legaldefinition des Anonymisierens, wie sie das BDSG kennt, ist in der DS-GVO[TRILOG] nicht vorgesehen.[381] In Erwägungsgrund 23 S. 5 DS-GVO[TRILOG] werden anonyme Informationen als solche Informationen beschrieben, die sich nicht auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen oder in einer Weise anonymisiert wurden, dass die betroffene Person nicht (mehr) identifiziert werden kann („[…] anonymous information, that is information which does not relate to an identified or identifiable natural person or to data rendered anonymous in such a way that the data subject is not or no longer identifiable“).[382] Es handelt sich um eine Negativde-

---

376 *Härting*, Internetrecht, Rn. 191.

377 *Plath/Schreiber*, in: Plath, § 3, Rn. 15.

378 *Härting*, Internetrecht, Rn. 192.

379 *Plath/Schreiber*, in: Plath, § 3, Rn. 58f.

380 *Plath/Schreiber*, in: Plath, § 3, Rn. 58f.

381 *Härting*, CR 2013, 715 (718).

382 Erwägungsgrund 23, S. 5 DS-GVO[TRILOG].

finition.[383] Im Hinblick darauf, dass der Begriff der *personenbezogenen Daten* durch die unterschiedslose Einbeziehung aller Informationen und ein absolutes Verständnis des Begriffs der *Bestimmbarkeit* erheblich erweitert wurde, werden die Voraussetzungen für das Vorliegen anonymer Daten gleichzeitig erheblich angehoben. Angesichts der heutigen Informations- und Kommunikationstechniken sowie den Möglichkeiten der Analyse und Auswertung von Datenquellen, die Big Data liefert, ist es vertretbar, die Existenz von anonymen Daten schlichtweg anzuzweifeln.[384] Durch die Begriffsverständnisse, die die DS-GVO[TRILOG] zugrunde legt, wird diese Position weiter gestützt.[385] Weder der Wortlaut noch die Erwägungsgründe der DS-GVO[TRILOG] geben praktikable Hinweise zur zweifelsfreien Abgrenzung von personenbezogenen und anonymen Daten.

(2) Personenbezug der anonymen Vergleichsgruppen

Unter Geltung des BDSG kann mit überzeugenden Argumenten ein Personenbezug der bei Wirtschaftsauskunfteien zur Scorewertberechnung vorhandenen anonymen Datensätze der Vergleichsgruppen abgelehnt werden.[386] Die Vergleichsgruppen werden anhand einer statistischen Auswertung der bei Wirtschaftsauskunfteien vorhanden bonitätsrelevanten Daten in Bezug zur tatsächlichen Entwicklung der Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft erstellt.[387] Für diese statistische Auswertung werden die Daten anonymisiert.[388] Anders als unter Geltung des BDSG ist unter Geltung der DS-GVO[TRILOG] das Kriterium der Bestimmbarkeit unter Heranziehung der (Re-)Identifizierungsmöglichkeiten nicht nur des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen, sondern jeder beliebigen Person oder Stelle festzulegen (absoluter Ansatz). Ferner sollen nicht nur die zum Zeitpunkt der Verarbeitung verfügbaren Technologien, sondern auch die technologische Entwicklung berücksichtigt werden. Es ist zumindest denkbar, dass Unternehmen wie *Google* und *Facebook* bereits heute oder künf-

---

383 *Härting*, CR 2013, 715 (718).

384 *Katko/Babaei-Beigi*, MMR 2014, 360 (361).

385 *Härting*, CR 2013, 715 (718f.).

386 Siehe 2. Teil A. I. 2. a) aa) (1), (2).

387 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 8; *von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 28; *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 107.

388 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 25; *Hoeren*, in SCHUFA-Grundlagenschrift 2007, 63 (74); *Wuermeling*, NJW 2002, 3508 (3509).

tig über die technischen Möglichkeiten zur Speicherung und Auswertung von Daten verfügen, die eine Re-Identifizierung der bei Wirtschaftsauskunfteien im Datensatz der Vergleichsgruppen vorhandenen Informationen ermöglichen. Selbst wenn man den Einsatz dieser Mittel mangels tatsächlichen Zugriffs dieser Unternehmen nach allgemeinem Ermessen aller Voraussicht nach („reasonable likely to be used“)[389] ablehnen würde, bliebe die Möglichkeit der Re-Identifizierung durch einen Hackerangriff. Angesichts des gehäuften Vorkommens solcher Hackerangriffe[390] handelt es sich hierbei um ein Szenario, das nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegt. Die Annahme des Personenbezugs der Vergleichsgruppen erscheint also möglich. Dem steht jedoch Erwägungsgrund 23 S. 6 DS-GVO[TRILOG] entgegen, in dem es heißt: „This Regulation does therefore not concern the processing of such anonymous information, including for statistical and research purposes“. Der europäische Gesetzgeber schließt also die Verarbeitung anonymer Daten, einschließlich zu statistischen Zwecken, ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der DS-GVO[TRILOG] aus. Anonymisierte Daten („data rendered anonymous“), also Daten, die vormals einen Personenbezug aufwiesen, werden nicht ausdrücklich mitgenannt. Erwägungsgrund 23 S. 5 DS-GVO[TRILOG] spricht jedoch dafür, dass auch die Verarbeitung anonymisierter Daten aus dem Anwendungsbereich der Verordnung fällt. Denn dieser erklärt, dass die Grundsätze der DS-GVO[TRILOG] auf anonyme Daten, worunter auch anonymisierte Daten zu verstehen sind, keine Anwendung finden sollen: „The principles of data protection should therefore not apply to anonymous information, that is information which does not relate to an identified or identifiable natural person or to data rendered anonymous in such a way that the data subject is not or no longer identifiable“. Wenn die Verarbeitung anonymer Daten zu statistischen Zwecken ausdrücklich vom Anwendungsbereich der DS-GVO[TRILOG] ausgeschlossen wird, spricht dies dafür, dass der Personenbezug von Daten durch die Verordnung zwar ausgeweitet wird, aber keinesfalls für jede Information angenommen werden kann. Die Daten der Vergleichsgruppen in den Datensätzen der Wirtschaftsauskunfteien sind nicht mehr ohne weiteres auf ein konkretes Individuum beziehbar. Nach alledem spricht vieles dafür, den Personenbezug

---

389 Erwägungsgrund 23, S. 3 DS-GVO[TRILOG]-Entwurf.

390 *Boie*, Aus der Wolke gefallen, Sueddeutsche.de, 3.9.2014, http://www.sueddeutsche.de/digital/icloud-gehackt-aus-der-wolke-gefallen-1.2114705 (zuletzt abgerufen am 27.1.2016); http://www.golem.de/news/ebay-hack-alle-benutzer-sind-betroffen-1405-106664.html (zuletzt abgerufen am 27.1.2016).

der bei Wirtschaftsauskunfteien gespeicherten Vergleichsgruppen auch unter Geltung der DS-GVO[TRILOG] abzulehnen.

b) Kein Ausschlussgrund

Ein Ausschlussgrund hinsichtlich der Anwendbarkeit der DS-GVO[TRILOG] nach Art. 2 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG] besteht für das Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien zum Zwecke der Bonitätsprüfung nicht.

c) Zwischenergebnis zur sachlichen Anwendbarkeit

Die Voraussetzungen für die sachliche Anwendbarkeit der DS-GVO[TRILOG] liegen vor. Ebenso wie unter Geltung des BDSG fallen Informationen, die sich ausschließlich auf juristische Personen beziehen, aus dem Anwendungsbereich des Datenschutzes heraus. Obwohl das Begriffsverständnis personenbezogener Daten durch die DS-GVO[TRILOG] erweitert wird, sprechen gute Argumente dafür, auch unter Geltung der Verordnung den Personenbezug der bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen Datensätze mit Vergleichsgruppen abzulehnen.

B. Datenverarbeitende Stelle

Die Berechnung von Scorewerten erfolgt in einem Dreipersonenverhältnis von (1.) Kreditinstituten und anderen Unternehmen, (2.) Wirtschaftsauskunfteien, die in deren Auftrag Scorewerte berechnen und (3.) betroffenen Privatpersonen und Unternehmen, die potentielle Vertragspartner der (Kredit-)Unternehmen sind.[391] Zwischen Wirtschaftsauskunfteien und (Kredit-)Unternehmen besteht ein Vertragsverhältnis, während die Wirtschaftsauskunfteien zu dem von der Scorewertberechnung Betroffenen in keiner vertraglichen Beziehung stehen.[392] Für die datenschutzrechtliche Untersuchung der Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen im Rahmen des Scoring kommt es entscheidend darauf an, ob das Vertragsverhältnis zwischen den (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien als Auftragsdatenverarbeitung im datenschutzrechtlichen

391 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 25.

392 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 26.

Sinne einzuordnen ist.[393] Sofern im Verhältnis zwischen den (Kredit-) Unternehmen zu den Wirtschaftsauskunfteien eine Auftragsdatenverarbeitung vorliegt, ist die Datenweitergabe an Wirtschaftsauskunfteien privilegiert.[394] Diese ist dann nicht als Datenübermittlung im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG einzustufen, sondern als bloße Datennutzung durch die verantwortliche Stelle, (Kredit-)Unternehmen.[395] Der Auftragnehmer einer Auftragsdatenverarbeitung wird datenschutzrechtlich nicht als außerhalb der verantwortlichen Stelle stehender Dritter i. S. d. § 3 Abs. 4 S. 2, 3 BDSG behandelt.[396] Dies hätte beim Scoring den Vorteil, dass für den Datenfluss von (Kredit-)Unternehmen an Wirtschaftsauskunfteien nicht das datenschutzrechtliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gemäß § 4 Abs. 1 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] bestünde. Die Zulässigkeit der Datennutzung durch das beauftragende (Kredit-)Unternehmen begründete gleichzeitig die Zulässigkeit der Datennutzung durch die Wirtschaftsauskunftei. Allerdings ist die Auftragsdatenverarbeitung an das Vorliegen enger tatsächlicher und formaler Voraussetzungen geknüpft.[397]

I. Verantwortliche Stelle, § 3 Abs. 7 BDSG

Verantwortliche Stelle ist gemäß § 3 Abs. 7 BDSG jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt. Beim Scoring zum Zwecke der Bonitätsprüfung ist zwischen verschiedenen Phasen der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zu unterscheiden.[398] Soweit (Kredit-) Unternehmen Daten für Scorewertberechnungen selbst erheben und übermitteln oder extern errechnete Scorewerte für die Vertragsentscheidung nutzen, sind sie selbst die verantwortliche Stelle im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG. Beim externen Scoring stellt sich jedoch die Frage, ob die (Kredit-)Unternehmen auch die verantwortliche Stelle für die Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen

393 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 94.

394 *Gabel*, in Taeger/Gabel, 11, Rn. 14.

395 *Gabel*, in: Taeger/Gabel, § 11, Rn. 2; *Gola/Schomerus*, § 11, Rn. 4; *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 43.

396 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 43.

397 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 52 ff.

398 Siehe 2. Teil C. II. 1.

sind, die durch die scorewertberechnenden Wirtschaftsauskunfteien vorgenommen werden. Der Wortlaut des § 3 Abs. 7 BDSG spricht zunächst dafür, führen Wirtschaftsauskunfteien die Scorewertberechnungen beim externen Scoring doch auf Initiative, *im Auftrag* der (Kredit-)Unternehmen durch. Der in der Vorschrift genutzte Auftragsbegriff entspricht jedoch nicht demjenigen aus § 662 BGB.[399] Entscheidend ist die Abgrenzung der Auftragsdatenverarbeitung von der Funktionsübertragung.[400] Der Auftragnehmer einer Datenverarbeitung wird rechtlich als Organisationsteil des Auftraggebers verstanden.[401] Mit der Konsequenz, dass etwa Auskunfts- und Berichtigungsansprüche der Betroffenen nicht gegenüber dem Auftragnehmer, den Wirtschaftsauskunfteien, sondern gegenüber dem beauftragenden (Kredit-)Unternehmen geltend zu machen wären.[402] Liegt keine Auftragsdatenverarbeitung, sondern eine Funktionsübertragung vor, sind die Wirtschaftsauskunfteien selbst die verantwortlichen Stellen im Sinne des BDSG.

1. Abgrenzung Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung

Anders als der Begriff der *Auftragsdatenverarbeitung* vermuten lässt, muss das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer rechtlich kein Auftrag gemäß § 662 BGB sein.[403] Ein irgendwie geartetes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ist ausreichend.[404] Kennzeichnend für die Auftragsdatenverarbeitung ist, dass der Auftragnehmer nur eine Unterstützungs- oder Hilfsfunktion innehat.[405] Die (Entscheidungs-)Herrschaft über den Prozess muss beim Auftraggeber verbleiben, der sich des Auftragnehmers lediglich als Dienstleister für Datenverarbeitungen bedient.[406] Der Auftraggeber muss dabei rechtlich und tatsächlich in der Lage sein, dem Auftragnehmer die

399 *Gola/Schomerus*, § 11, Rn. 6; *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 22.
400 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 22.
401 *Gola/Schomerus*, § 11, Rn. 4.
402 *Gola/Schomerus*, § 11, Rn. 4.
403 *Gola/Schomerus*, § 11, Rn. 6.
404 *Gola/Schomerus*, § 11, Rn. 6.
405 *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 11, Rn. 5.
406 *Gola/Schomerus*, § 11, Rn. 3; *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 11, Rn. 5.

Details des Datenumgangs vorzuschreiben und diesen zu kontrollieren.[407] Hiervon ist die Funktionsübertragung zu unterscheiden.[408] Bei der Funktionsübertragung wird der Auftragnehmer nicht nur als Dienstleister für Datenverarbeitungen genutzt, sondern ihm werden die Datenverarbeitungen als Teil einer eigenen Aufgabe übertragen.[409] Die Herrschaft über den Prozess verbleibt bei der Funktionsübertragung nicht beim Auftraggeber, sondern liegt beim Auftragnehmer.

2. Voraussetzungen der Auftragsdatenverarbeitung

Die privilegierte datenschutzrechtliche Stellung des Auftragnehmers ist an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft.[410] Der Auftraggeber ist die verantwortliche Stelle für die Datenverarbeitungen durch den Auftragnehmer und hat daher für die Einhaltung der Datenschutzvorschriften durch den Auftragnehmer zu sorgen.[411] Der Auftragnehmer ist sorgfältig auszuwählen und die Datenverarbeitung durch ihn ist zu kontrollieren.[412] Gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG ist der Auftrag schriftlich zu erteilen und muss nach den Nr. 1 bis 10 (sog. 10-Punkte-Katalog[413]) eine Reihe Modalitäten regeln. Hierzu gehört etwa die Einhaltung bestimmter technischer Standards zur IT-Sicherheit (Nr. 3). Ferner sind Kontrollrechte des Auftraggebers und entsprechende Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers festzulegen (Nr. 7). Der Umfang der Weisungsbefugnisse des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer ist zu regeln (Nr. 9). Daran anknüpfend bestimmt § 11 Abs. 3 S. 1 BDSG, dass der Auftragnehmer die Daten nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben und verarbeiten darf. Bei Zweifeln des Auftragnehmers an der Rechtmäßigkeit einer Weisung, hat der Auftragnehmer den Auftraggeber unverzüglich hierauf hinzuweisen.[414]

---

407 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 20.
408 *Gola/Schomerus*, § 11, Rn. 9.
409 *Gola/Schomerus*, § 11, Rn. 9.
410 *Plath*, in: Plath, § 11, Rn. 4.
411 § 11 Abs. 1, S. 1 BDSG.
412 *Plath*, in: Plath, § 11, Rn. 4.
413 *Plath*, in: Plath, § 11, Rn. 4.
414 § 11 Abs. 3, S. 2 BDSG.

3. Einordnung der Wirtschaftsauskunfteien

Für das Scoring ist zu klären, ob die scorewertberechnenden Wirtschaftsauskunfteien Auftragnehmer der (Kredit-)Unternehmen sind. Es ist umstritten, ob für das Vorliegen einer Auftragsdatenverarbeitung die tatsächliche Entscheidungsbefugnis über des Auftraggebers erforderlich ist[415] oder ob das Vorliegen eines Vertrages, der Anweisungen zum Verfahren und zu den technischen Vorkehrungen zur Datenverarbeitung enthält,[416] ausreicht.[417] Diese Frage ist zugunsten der tatsächlichen Entscheidungsbefugnis zu entscheiden. Dafür spricht, dass nach Art. 2 lit. d der EG-Datenschutzrichtlinie[418], die zur Auslegung von § 11 BDSG heranzuziehen ist, die verantwortliche Stelle danach zu ermitteln ist, wer über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet.[419] Der europäische Gesetzgeber stellt somit auf die tatsächliche Entscheidungsherrschaft ab. Sofern die tatsächliche Entscheidungsbefugnis eine Auftragsdatenverarbeitung ermöglicht, ist die Einhaltung der formalen Voraussetzungen des § 11 BDSG, insbesondere derjenigen aus Abs. 2, erforderlich, um in den Genuss der datenschutzrechtlichen Privilegierung zu kommen. Nur wenn die formalen Voraussetzungen des § 11 BDSG erfüllt sind, liegt im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und Auftragnehmer bei Datenweitergabe keine Übermittlung, sondern lediglich eine Datennutzung vor.[420] Die Beurteilung des Vorliegens einer privilegierungsfähigen Auftragsdatenverarbeitung ist somit von den tatsächlichen Umständen abhängig. Für das Eingreifen der Privilegierung muss dann aber die Einhaltung der formalen Voraussetzungen hinzukommen. Im Verhältnis zwischen (Kredit-)Unternehmen und scorewertberechnenden Wirtschaftsauskunfteien ist schon das Vorliegen der tatsächlichen Umstände einer Auftragsdatenverarbeitung zweifelhaft. Zwar dienen die Scorewertberechnungen und die in ihrem Rahmen notwendigen Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen in erster Linie der Beauskunftung der Scorewerte an (Kredit-)Unternehmen. Diese sind auf die Beurteilung der Bonität ihrer potentiellen Vertragspartner angewiesen, während die Wirtschaftsauskunfteien selbst in aller Regel keine Verträge mit den gescorten Privatpersonen

---

415 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 22.

416 *Räther*, DuD 2005, 461 (465 f.).

417 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 97.

418 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 38.

419 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 22.

420 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 43; *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 11, Rn. 5.

und Unternehmen schließen.[421] Teilweise werden diese fremdnützigen Scorewertberechnungen daher als reine Hilfstätigkeit datenverarbeitender Art für die (Kredit-)Unternehmen angesehen, obwohl die von den Wirtschaftsauskunfteien hierzu entwickelte Scoreformel geheim bleibt.[422] Hierbei wird aber außer acht gelassen, dass die geheime, von den Wirtschaftsauskunfteien selbst entwickelte Scoreformel das Wesen der Datenverarbeitungen zur Scorewertberechnung ausmacht. Das scorewertanfragende (Kredit-)Unternehmen kennt gerade nicht die Gewichtung der durch die Wirtschaftsauskunfteien in die Berechnung einbezogenen bonitätsrelevanten Merkmale.[423] Der genaue Prozess der Datenverarbeitung kann daher nicht durch das (Kredit-)Unternehmen vorgeschrieben und erst recht nicht kontrolliert werden.[424] Auch wenn seitens der Anfragenden Vorgaben hinsichtlich der zu berücksichtigenden Merkmale gemacht werden, ist damit keine Kenntnis hinsichtlich der Scoreformel verbunden. Die Geheimhaltung der Scoreformel sichert die Existenz der Wirtschaftsauskunfteien am Markt.[425] Dies spricht dafür, dass die (Entscheidungs-)Herrschaft über den Datenverarbeitungsprozess bei den Wirtschaftsauskunfteien liegt. Hinzu kommt, dass Scorewerte durch Wirtschaftsauskunfteien auch für die Erteilung der einmal jährlich kostenlosen Selbstauskunft an den Betroffenen gemäß § 34 Abs. 4 BDSG berechnet werden. Schon die Einfügung dieses Auskunftsanspruchs gegen Wirtschaftsauskunfteien zeigt, dass der Gesetzgeber sie als verantwortliche Stelle und nicht bloß als Auftragnehmer der (Kredit-) Unternehmen ansieht. Gegen Letztere besteht nämlich bereits ein Auskunftsanspruch des Betroffenen gemäß § 34 Abs. 2 BDSG. Die Wirtschaftsauskunfteien erteilen diese Auskunft an den Betroffenen in eigenem Namen. Sowohl bei der Wahrnehmung der Auskunft gegenüber dem Betroffenen als auch bei dem Auftritt in eigenem Namen handelt es sich um Indizien, die gegen eine Auftragsdatenverarbeitung und für das Vorliegen einer Funktionsübertragung sprechen.[426] Nach alledem liegt im Verhältnis zwischen den Wirtschaftsauskunfteien und ihren Vertragspartnern daher keine Auftragsdatenverarbeitung, sondern eine Funktionsübertragung vor. Eine andere Beurteilung ist nur im Einzelfall bei

---

421 Siehe 1. Teil B. I. 4.

422 *Hoeren*, RDV 2007, 93 (96).

423 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 27.

424 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 27.

425 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308).

426 *Petri*, in: Simitis, § 11, Rn. 23.

Vorliegen besonderer Umstände, insbesondere der Kenntnis der Scoreformel durch den Vertragspartner der Wirtschaftsauskunftei, denkbar.

4. Zwischenergebnis zur verantwortlichen Stelle

Beim Scoring sind (Kredit-)Unternehmen die verantwortlichen Stellen im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG für Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen, die sie selbst vornehmen. Darunter fallen etwa die Erhebung und Übermittlung von Daten, die zur Scorewertberechnung verwendet werden sollen und die spätere Nutzung eines extern errechneten Scorewertes bei der Vertragsentscheidung. Die Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen, die beim externen Scoring durch die scorewertberechnenden Wirtschaftsauskunfteien durchgeführt werden, sind keine Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 11 BDSG, sondern eine Funktionsübertragung. Verantwortliche Stelle im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG für die Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen beim Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien zum Zwecke der Bonitätsprüfung ist daher die Wirtschaftsauskunftei selbst. Etwas anderes kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände, insbesondere bei Kenntnis der Scoreformel auf Seiten der (Kredit-)Unternehmen, im Einzelfall gelten.

II. Für die Verarbeitung Verantwortlicher, Art. 4 Abs. 5 DS-GVO[TRILOG]

Für die Verarbeitung Verantwortlicher ist gemäß Art. 4 Abs. 5 DS-GVO[TRILOG] die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet („the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data“). Sofern die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten durch das Unionsrecht oder durch mitgliedsstaatliche Regelungen vorgegeben werden, eröffnet Art. 4 Abs. 5 S. 1 2. Hs. DS-GVO[TRILOG] die Möglichkeit, auch den für die Verarbeitung Verantwortlichen nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten zu bestimmen („where the purposes and means of processing are determined by Union law or Member State law, the controller or the specific criteria for his nomination may

be designated by Union law or by Member State law“). Auch nach der DS-GVO[TRILOG] sind (Kredit-)Unternehmen selbst die für die Verarbeitung Verantwortlichen, soweit sie Daten für Scorewertberechnungen selbst erheben und übermitteln oder extern errechnete Scorewerte für die Vertragsentscheidung nutzen. Es stellt sich jedoch wiederum die Frage, ob (Kredit-) Unternehmen auch für die Verarbeitungen verantwortlich sind, die beim Scoring durch die scorewertberechnenden Wirtschaftsauskunfteien vorgenommen werden. Hierfür kommt es, wie nach nationalem Datenschutzrecht auch, darauf an, ob im Verhältnis zwischen den (Kredit-)Unternehmen und den Wirtschaftsauskunfteien eine Auftragsdatenverarbeitung oder eine Funktionsübertragung vorliegt.

1. Wirtschaftsauskunfteien als Auftragsverarbeiter oder für die Verarbeitung Verantwortlicher

Auftragsverarbeiter ist gemäß Art. 4 Abs. 6 DS-GVO[TRILOG] eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des für die Verarbeitung Verantwortlichen verarbeitet („'processor' means a natural or legal person, public authority, agency or any other body which processes personal data on behalf of the controller“). Eine Auftragsverarbeitung ist nach der DS-GVO[TRILOG] nur aufgrund eines Vertrages möglich, der organisatorische und technische Standards für den Datenumgang des Auftragsverarbeiters festlegt, Art. 26 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG]. Ferner ist gemäß Art. 27 DS-GVO[TRILOG] sicherzustellen, dass der Auftragsverarbeiter und alle Personen, die Zugang zu den personenbezogenen Daten haben, diese nur auf Weisung des für die Verarbeitung Verantwortlichen verarbeiten, außer aus dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten ergibt sich, dass sie zur Verarbeitung verpflichtet sind („The processor and any person acting under the authority of the controller or of the processor who has access to personal data shall not process them except on instructions from the controller, unless required to do so by Union or Member State law“). Eine gesetzliche Verpflichtung zur Datenverarbeitung gibt es für Wirtschaftsauskunfteien bisher weder im Unions- noch im nationalen Recht. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit der deutsche Gesetzgeber von den Möglichkeiten der zahlreichen Öffnungsklauseln in der DS-GVO[TRILOG] Gebrauch machen wird. Entscheidend für die Einstufung der Wirtschaftsauskunf-

teien als für die Verarbeitung Verantwortliche ist, dass sie Scorewerte anhand individueller und den anfragenden (Kredit-)Unternehmen nicht offengelegter Scoreformeln berechnen. Selbst wenn die (Kredit-)Unternehmen Vorgaben hinsichtlich der zu berücksichtigenden Merkmale gemacht haben, findet die Datenverarbeitung durch die Wirtschaftsauskunfteien daher faktisch nicht auf Weisung der (Kredit-)Unternehmen statt. Hierzu wäre deren Kenntnis der Scoreformeln nötig. Dass die bloße Einflussnahme der (Kredit-)Unternehmen anders als die Weisungsmacht für das Vorliegen einer Auftragsverarbeitung nicht ausreicht, zeigt auch die Legaldefinition des für die Verarbeitung Verantwortlichen in Art. 4 Abs. 5 DS-GVO[TRILOG]. Danach ist für die Verarbeitung Verantwortlicher nämlich auch, wer gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Vorgaben hinsichtlich der in die Scorewertberechnung einzubeziehenden Daten seitens der (Kredit-)Unternehmen ändern daher nichts daran, dass es sich bei den Wirtschaftsauskunfteien selbst um die für die Verarbeitung Verantwortlichen handelt. Auch unter Geltung der DS-GVO[TRILOG] ist im Verhältnis zwischen (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien daher eine Auftragsdatenverarbeitung abzulehnen.

2. Zwischenergebnis zum für die Verarbeitung Verantwortlichen

An der rechtlichen Einstufung der (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien als verantwortliche Stellen für die durch sie vorgenommenen Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen beim externen Scoring ändert sich unter der Geltung der DS-GVO[TRILOG] nichts. Lediglich die Bezeichnung wechselt von der verantwortlichen Stelle zum für die Verarbeitung Verantwortlichen. Eine Auftragsdatenverarbeitung kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände, insbesondere bei Kenntnis der Scoreformel auf Seiten der (Kredit-) Unternehmen, im Einzelfall angenommen werden.

C. Zulässigkeit der Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen beim Scoring nach nationalen Gesetzen

Im Folgenden wird die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen im Rahmen des Scoring durch Wirt-

schaftsauskunfteien zum Zwecke der Bonitätsprüfung untersucht. Dabei wird ein besonderer Fokus auf die Interessen der beteiligten Akteure gelegt. Auf Seiten der (Kredit-)Unternehmen steht das Interesse an möglichst aussagekräftigen Scorewerten.[427] Hiermit geht das Bedürfnis einher, möglichst viele verschiedene Daten über die betroffene Privatperson oder das betroffene Unternehmen in die Scorewertberechnung einzubeziehen.[428] Ferner ist die Qualität und hier vor allem die Aktualität der Daten von besonderem Interesse.[429] Kreditinstituten und Unternehmen ist daher an einer raschen Einmeldung von Daten und Datenveränderungen gelegen. Die Wirtschaftsauskunfteien, die die Scorewertberechnung als Dienstleistung verkaufen, sind ebenfalls an aussagekräftigen, aktuellen Scorewerten interessiert.[430] Für sie kommt das Bedürfnis hinzu, den Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit Scorewertberechnungen und damit die eigenen Kosten für Personal und Sachmittel gering zu halten. Um den Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsauskunfteien am Markt aufrecht zu erhalten, ist ihnen außerdem daran gelegen, dass Auskunftsansprüche des Betroffenen sie nicht zur Offenlegung von Betriebsgeheimnissen zwingen.[431] Auch dem Betroffenen ist an aussagekräftigen Scorewerten zu seiner Person bzw. zu seinem Unternehmen gelegen. Allerdings ist für ihn besonders entscheidend, dass nicht fälschlicherweise unrichtige oder veraltete Daten über ihn verwendet werden, die sich negativ auf den für ihn berechneten Scorewert auswirken.[432] Der Betroffene hat daher ein Interesse an Transparenz, Qualitätskontrolle, Berichtigungsmöglichkeit, Datenrelevanz, Objektivität und Diskriminierungsfreiheit der zur Scorewertberechnung genutzten Daten.[433] Als gemeinsames Interesse aller beteiligten Akteure lässt sich daher die Verhinderung unrichtiger und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte herausarbeiten. Diese Arbeit untersucht, inwieweit die bestehenden datenschutzrechtlichen Vorschriften zum Scoring geeignet sind, diese Ziele effektiv und effizient zu erreichen.

---

427 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 24.

428 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 14.

429 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 40.

430 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 132.

431 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 127 f.

432 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 132.

433 Siehe 1. Teil B. II. 1. c).

I. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, § 4 Abs. 1 BDSG

Das nationale Datenschutzrecht zeichnet sich durch ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ für Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen aus.[434] Gemäß § 4 Abs. 1 BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat. Die Konstruktion des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt findet sich auch in Artikel 7 der europäischen Datenschutzrichtlinie[435] aus dem Jahre 1995[436] und ist, trotz einiger Kritik[437], auch in der geplanten europäischen Datenschutz-Grundverordnung in Artikel 6 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] vorgesehen.

II. Schritte der Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen beim Scoring

Der Weg von der Beschaffung bonitätsrelevanter Daten hin zu der Verwendung eines Scorewertes zum Zahlungsverhalten durch (Kredit-)Unternehmen lässt sich in verschiedene tatsächliche Schritte unterteilen. Im Zentrum stehen die Wirtschaftsauskunfteien. Diese werden erst nach der Vertragsanbahnung ihrer Vertragspartner (z. B. Kreditinstitute und andere Unternehmen wie Telekommunikationsunternehmen, Energieversorger oder Versandhändler) mit deren potentiellen Kunden zum Zwecke der Scorewertberechnung eingeschaltet. Ihre Aufgabe ist es dann, einen Scorewert zu errechnen und zu beauskunften, den die anfragenden (Kredit-)Unternehmen für die Vertragsentscheidung nutzen. Die vorliegende datenschutzrechtliche Untersuchung orientiert sich an diesen Schritten, um die datenschutzrechtlichen Anforderungen möglichst praxisnah abzubilden[438].

---

434 *Gola/Schomerus*, § 4, Rn. 3; *Scholz/Sokol*, in: Simitis, § 4, Rn. 3.

435 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 40.

436 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4, Rn. 1.

437 *Härting*, CR 2013, 715 (717).

438 Nach *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 105.

1. Phasenmodell nach Ehmann und Helfrich

Anstelle einer Unterteilung in verschiedene Schritte der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung beim Scoring, unterscheiden *Ehmann*[439] und *Helfrich*[440] zwischen verschiedenen Phasen. Den Datenfluss, in dessen „Ablauf [§ 29 BDSG] eingebettet" ist, unterteilte *Ehmann* in vier Phasen,[441] die *Helfrich* für das Scoring weiter ausdifferenziert und im Ergebnis um eine fünfte, der Anwendbarkeit des § 29 BDSG vorgelagerte Phase erweitert[442]. Danach ergeben sich folgende „fünf Phasen"[443]:

- „Erhebung [durch Kreditinstitute und andere Unternehmen] (Phase I)
- Datenübermittlung [an die Wirtschaftsauskunfteien] (Phase II)
- Datenumgang [in Form der Scorewertberechnung] (Phase III)
- Übermittlung [des Scorewertes an das anfragende Kreditinstitut oder andere Unternehmen] (Phase IV)
- Verarbeitung und Nutzung [des beauskunfteten Scorewertes durch ein Kreditinstitut oder anderes Unternehmen im Rahmen der Entscheidung über einen Vertragsschluss] (Phase V)"[444]

Der überzeugenden Unterteilung in fünf Phasen schließt sich *Ehmann* in der Folge an.[445] Auch die vorliegende Untersuchung richtet sich im Folgenden nach diesen fünf Phasen aus.

2. Datenerhebung durch Kreditinstitute und andere Unternehmen (Phase I)

In dieser Phase findet die Vertragsanbahnung zwischen einem (Kredit-)Unternehmen und dem Betroffenen statt, der einen Geschäftsabschluss mit Vorleis-

439 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 121.
440 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 105 f.
441 *Ehmann*, in: Simitis, 6. Auflage, § 29, Rn. 127 f.
442 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 106 f.
443 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 107.
444 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 107.
445 *Ehmann*, in: Simitis, 7. Auflage, § 29, Rn. 121, Fn. 223.

tungspflicht des anderen Teils begehrt. Um die hiermit verbundenen Kreditrisiken abzuschätzen, entscheidet sich das (Kredit-)Unternehmen in vielen Fällen vor Vertragsschluss für die Durchführung eines Scoring.[446] Dies dient der Entscheidung über das *Ob* und *Wie* des Vertragsschlusses.[447] Neben dem Geschäftsabschluss werden nämlich auch die anzubietenden Konditionen, z. B. Zinshöhe oder im Versandhandel etwa die zur Verfügung stehenden Zahlungsarten, insbesondere die Möglichkeit des Ratenkaufs oder des Kaufs auf Rechnung, von dem Ergebnis des Scoring abhängig gemacht.[448] Für den Vertragsabschluss und die Durchführung des Scoring werden durch die (Kredit-)Unternehmen Daten zu dem Betroffenen erhoben, die in Phase IIan die Wirtschaftsauskunfteien übermittelt werden.[449] Die Zulässigkeit dieser Datenerhebungen ist gemäß § 4 Abs. 1 BDSG davon abhängig, ob eine Erlaubnisnorm oder eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt.

a) Erlaubnisnormen

Bei der Legitimierung von Datenerhebungen durch Erlaubnisnormen ist das BDSG nach dem Rechtsgrundsatz „*lex specialis derogat legi generali*“[450] gegenüber bereichsspezifischen Rechtsnormen subsidiär, § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG.[451] Bei der Erhebung bonitätsrelevanter Daten zu Unternehmen ist zu berücksichtigen, dass die datenschutzrechtlichen Anforderungen nur erfüllt sein müssen, wenn Personenbezug, das heißt Bezug zu einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person, gegeben ist.[452] Im Übrigen greift bei der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten über Unternehmen das Datenschutzrecht nicht ein.

---

446 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 13.

447 *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.1.2008, S. 11; ULD Schleswig-Holstein, Studie: Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 27.2.2006, S 19.

448 *Born*, ZD 2015, 66 (66); *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 17, 24.

449 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 107.

450 *Schmidt-Räntsch*, in: Bamberger/Roth, § 312c, Rn. 62.

451 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4, Rn. 1.

452 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 19.

aa) § 10 KWG

Die Vorschrift des § 10 KWG hat seit dem Inkrafttreten der Neufassung des Gesetzes (1962) immer wieder – zuletzt im Jahr 2014[453] – aufgrund internationaler Vereinbarungen zur Bankenaufsicht grundlegende Änderungen erfahren.[454] Sie definiert den Begriff der *Eigenmittel* und legt Anforderungen an die Eigenmittelausstattung für Institute fest.[455] Die Eigenmittelausstattung dient der Absicherung der Gläubiger im Insolvenzfall.[456] Die inhaltlichen Anforderungen zur Bestimmung der Angemessenheit der Höhe von hinterlegten Eigenmitteln finden sich seit Januar 2014 in der unmittelbar geltenden EU-Eigenmittel-Verordnung CRR[457].[458] Ergänzende Bestimmungen zu Antrags-, Anzeige- und Berichtspflichten und zu den Anforderungen an interne Risikomessverfahren der Institute sind in der vom Bundesministerium für Finanzen erlassenen Solvabilitätsverordnung (SolvV) geregelt.[459] Für die Berechnung der angemessenen Höhe der Eigenmittel wird das gesamte Kapital (hartes Kernkapital, zusätzliches Kernkapital und Ergänzungskapital) eines Instituts summiert und die in den Artikeln 36 bis 47 CRR geregelten Abzugstatbestände werden abgezogen.[460] Der Verordnungsgeber geht davon aus, dass die notwendige Eigenmittelausstattung für jedes Kreditinstitut und jede Instituts- oder Finanzholdinggruppe grundsätzlich auf Einzelbasis festgelegt werden muss.[461] Das bei der vorliegenden Untersuchung im Fokus stehende Kreditrisiko stellt – neben vielen anderen – einen Posten dar, der für die Eigenmittelausstattung eines Instituts von Bedeutung ist.[462] Um die mit der Kreditvergabe verbundenen Ausfallrisiken beziffern zu können, müssen die Institute gemäß Art 107 Abs. 1 CRR

---

453 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 22.

454 *Boos*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 10, Rn. 1.

455 *Boos*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 10, Rn. 1 ff.

456 *Boos*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 10, Rn. 12.

457 VO-EU Nr. 575/2013, ABl. EU Nr. L 176/1 v. 27.6.2013.

458 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, Vor. § 10, Rn. 5; § 10, Rn. 22.

459 http://www.bafin.de/SharedDocs/Aufsichtsrecht/DE/Verordnung/SolvV_ba.html (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

460 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, Vor. § 10, Rn. 16 ff.

461 Artikel 6 Abs. 1 und Erwägungsgrund 36 VO-EU Nr. 575/2013, ABl. EU Nr. L 176/1 v. 27.6.2013, S. 27, 5; *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 27, der den Verzicht des europäischen Verordnungsgebers auf einheitliche feste Vorgaben für die Eigenmittelausstattung mit der Verschiedenartigkeit der deutschen im Vergleich zu ausländischen Kreditwirtschaften erklärt.

462 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 55.

Risikomessverfahren entweder nach dem Standardansatz, den die CRR vorsieht, oder nach einem „auf internen Ratings basierenden Ansatz“[463] (IRB-Ansatz) durchführen. Interne Risikomessverfahren bedürfen der vorherigen Zulassung durch die Aufsichtsbehörde – in Deutschland die BaFin –, die berechtigt ist, zusätzliche Anforderungen festzulegen.[464]

(1) § 10 Abs. 2 KWG als Erlaubnisnorm für Kreditinstitute

In § 10 Abs. 2 KWG[465] ist eine bereichsspezifische Erlaubnisnorm für Institute zur Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten zum Zwecke der Durchführung interner Risikomessverfahren (IRB-Ansatz) geregelt.[466] Für Unternehmen, die nicht dem Anwendungsbereich des KWG unterfallen, ist die Norm nicht anwendbar. Die Erhebung und Verwendung der Daten ist gestattet, sofern sie zum Zwecke der Durchführung eines Verfahrens zur Risikominimierung des Kreditinstituts, wie es in den gesetzlichen Vorschriften und Rechtsverordnungen zur Bankenaufsicht vorgesehen ist, erfolgt.[467] Scoring dient dazu, die Ausfallwahrscheinlichkeit einer Privatperson oder eines Unternehmens in Bezug auf ein konkretes Geschäft zu prognostizieren und in einem Zahlenwert auszudrücken.[468] Es kann daher als Risikomessverfahren eingesetzt werden oder Teil eines Risikomessverfahrens sein[469], bei dem zusätzlich noch weitere Faktoren, etwa das Einkommen oder ein Businessplan des Kreditinteressenten berücksichtigt werden. Der Begriff *Rating* wird in den Vorschriften als Oberbegriff für Systeme verwendet, die eine Klassifizierung zukünftiger Kreditrisiken für die Institute ermöglichen.[470] Die Vorschrift des § 10 Abs. 2 KWG erlaubt die Erhebung und Verwendung personenbezogener Kundendaten zum Zwecke der Durchführung interner Risikomessverfahren und damit auch zur Durchführung interner Scoringverfahren.

---

463 *Kokemoor*, in: Beck/Samm/Kokemoor, § 10, Rn. 157b.

464 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 33.

465 Die vormals in Abs. 1 geregelte Erlaubnisnorm wurde inhaltlich unverändert in Abs. 2 verschoben, siehe: BR-Drucks. 510/12, 31.8.2012, S. 125.

466 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 53; *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 679.

467 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 119.

468 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 9.

469 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 62.

470 *Becker/Böttger/Müller*, DStR 2012, 1197 (1197).

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Vorschrift nur Datenerhebungen und -verwendungen für interne Scoringverfahren umfasst, oder ob sie darüber hinaus auch eine Erlaubnisnorm für Datenerhebungen zu Zwecken des externen Scoring darstellt.[471] Nur wenn Letzteres der Fall ist, kann die Vorschrift im Rahmen der vorliegenden datenschutzrechtlichen Untersuchung des externen Scoring als bereichsspezifische Erlaubnisnorm das BDSG in seiner Anwendung gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG verdrängen.[472] Gegen die Annahme einer Erlaubnisnorm für das externe Scoring spricht, dass die Erhebung und Verwendung der personenbezogenen Daten in § 10 Abs. 2 S. 1 KWG ausdrücklich auf die Zwecke der Kapitaladäquanzverordnung (CRR) und der nach Abs. 1 S. 1 zu erlassenden Rechtsverordnung[473] beschränkt wird.[474] Daraus kann man ableiten, dass Datenerhebungen und -verwendungen nur für die in der CRR und in der Solvabilitätsverordnung genannten Zwecke zulässig sind und ansonsten auf das BDSG gestützt werden müssen.[475] Diese Sichtweise wird auch durch die unterschiedlichen Regelungsziele der Scoringvorschriften im KWG und im BDSG gestützt.[476] Während § 10 Abs. 2 KWG der Ermittlung einer angemessenen Eigenmittelhinterlegung der Kreditinstitute dient, bezwecken die Vorschriften zum externen Scoring im BDSG, insbesondere §§ 28, 28b, 29 BDSG, die Sicherstellung des Datenschutzes bei der Prognose der Ausfallwahrscheinlichkeiten eines potentiellen Kunden im Rahmen der Entscheidung über das *Ob* und *Wie* eines Vertragsschlusses.[477] Nichtsdestotrotz stellt § 10 Abs. 2 KWG aus tatsächlichen Gründen auch eine Erlaubnisnorm für das externe Scoring dar. Zwar regelt die Vorschrift des § 10 Abs. 2 KWG die Erhebung und Verwendung von Daten für die Zwecke der Kaptitaladäquanzverordnung (CRR)[478] und der nach Abs. 1 S. 1 zu erlasssenden Rechtsverordnung, womit die Berech-

---

471 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 60 f.

472 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 60.

473 Gemeint ist die Solvabilitätsverordnung, deren Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesministeriums für Finanzen in § 10 Abs. 1 S. 1 KWG geregelt ist.

474 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 61.

475 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 61.

476 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 18; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 27.

477 *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (49); ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 27.

478 VO-EU Nr. 575/2013, ABl. EU Nr. L 176/1 v. 27.6.2013.

nung einer angemessenen Eigenmittelhinterlegung von Kreditinstituten bezweckt wird. Die Kreditrisiken eines Instituts stellen jedoch zweifelsfrei einen Posten dar, der bei der Bestimmung der Höhe der Eigenmittel zu berücksichtigen ist. Zur Bestimmung der Kreditrisiken wiederum sind interne Ansätze – mit Zulassung der BaFin – möglich, die Scoringverfahren einschließen.[479] Die zulässigen Scoringverfahren werden in ihrer Art durch die genannten gesetzlichen Vorschriften nicht festgelegt. Es spricht daher nichts dagegen, dass als Teil des internen Risikomessverfahrens eines Kreditinstituts externes Scoring oder eine Mischform externen und internen Scoring zum Einsatz kommt. Da Wirtschaftsauskunfteien in vielen Fällen über umfangreichere Bonitätsinformationen zu Privatpersonen und Unternehmen verfügen als es bei den Kreditinstituten selbst der Fall ist, ermöglicht der Einsatz externen Scoring aussagekräftigere Scorewerte. Dadurch wird eine bessere Prognose der Kreditrisiken eines Instituts gewährleistet als dieses selbst abgeben könnte. Die Ermittlung der angemessenen Höhe der Eigenmittel eines Instituts wird zuverlässiger. Diesen Standpunkt legt auch Erwägungsgrund 42 der CRR[480] nahe, wo es heißt:
„Da der Vielfalt der Institute in der Union unbedingt Rechnung zu tragen ist, sollten bei der Berechnung der Eigenmittelanforderungen für das Kreditrisiko verschiedene Ansätze mit unterschiedlich hohem Grad an Risikosensitivität und Differenziertheit vorgesehen werden. Durch die Verwendung externer Bonitätsbeurteilungen und der von den Instituten selbst vorgenommenen Schätzungen einzelner Kreditrisikoparameter gewinnen die Bestimmungen zum Kreditrisiko erheblich an Risikosensitivität und aufsichtsrechtlicher Solidität."
Wenn externe Bonitätsbeurteilungen zur Bestimmung der angemessenen Eigenmittelausstattung ausdrücklich zugelassen sind, dann dürfen die für die Bestimmung der Eigenmittelausstattung erhobenen Daten auch zur Einholung externer Scorewerte verwendet werden. Daher stimmt die Anwendung der Erlaubnisnorm für das externe Scoring auch mit dem Regelungsziel des § 10 Abs. 2 KWG überein – sofern die Kreditrisiken eines Instituts im Hinblick auf die Eigenmittelausstattung bestimmt werden. Daten, die aufgrund der Erlaubnisnorm des § 10 Abs. 2 KWG erhoben wurden, dürfen deshalb für die Zwecke des externen Scoring an Wirtschaftsauskunfteien übermittelt werden, vorausgesetzt auch für diese Übermittlung besteht eine Erlaubnisnorm oder die

---

479 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 62; *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 119.

480 VO-EU Nr. 575/2013, ABl. EU Nr. L 176/1 v. 27.6.2013, S. 6.

Einwilligung des Betroffenen. In der Gesamtschau ist die Anwendung der Vorschrift für Datenerhebungen im Rahmen des externen Scoring zu bejahen.[481] Wenn das Scoring der Kreditrisiken jedoch nicht der Bestimmung der angemessenen Eigenmittelausstattung, sondern lediglich der konkreten Vertragsentscheidung dient, greifen die allgemeinen Vorschriften nach dem BDSG ein.[482]
In der Praxis wird man diese beiden Anwendungsziele des Scoring regelmäßig kaum trennen können.[483] Wenn ein externer Scorewert für die konkrete Vertragsentscheidung eingeholt wurde, liegt dessen erneute Nutzung zur Beziffferung des Kreditrisikos eines Instituts im Hinblick auf die angemessen Eigenmittelhinterlegung auf der Hand und andersherum.[484] Die doppelte Durchführung ein und desselben externen Scoring und das Vorhalten zweier identischer Datensätze verbietet sich außerdem schon aufgrund des Grundsatzes der Datenvermeidung und Datensparsamkeit gemäß § 3a BDSG.[485] Dieses Problem ist durch die strikte Einhaltung der Voraussetzungen beider Erlaubnisnormen, des § 10 Abs. 2 KWG im Hinblick auf Datenerhebungen zur Bestimmung der Eigenmittelhinterlegung und des § 28 Abs. 1 BDSG für Datenerhebungen zur Durchführung externen Scoring bei der Vertragsentscheidung, zu lösen. Die Voraussetzungen der Erlaubnisnorm des § 10 Abs. 2 KWG sind folgende:

(a) Institute

Die Norm ermächtigt Institute zur Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten ihrer Kunden. Unter dem Sammelbegriff *Institute* werden im KWG Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute zusammengefasst.[486] Kreditinstitute sind nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 KWG Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Es folgt eine Aufzählung der Geschäftstätigkeiten, die unter den Begriff der *Bankgeschäfte*

---

481 *Helfrich*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, EL 2012, Teil 16.4., Rn. 41; *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 44; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 61 f.

482 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 89.

483 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 18.

484 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 18.

485 *Ehmann*, in: Simitis: § 28b, Rn. 18.

486 § 1 Abs. 1b KWG; *Mielk* in: Reischauer/Kleinhans, § 1, Rn. 5.

fallen. Zusammenfassend handelr es sich um das Kredit- und Aktivgeschäft.[487] Im allgemeinen Sprachgebrauch wird die Bezeichnung Kreditinstitut als Oberbegriff für Unternehmen und Unternehmensgruppen im deutschen Kreditwesen verwendet.[488] Finanzdienstleistungsinstitute sind gemäß § 1 Abs. 1a KWG Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute sind. Sie bieten Leistungen an, die von Kreditinstituten gar nicht oder nur zusätzlich zu den Kernleistungen angeboten werden.[489] Beispiele sind die Vermögensverwaltung und Maklertätigkeiten.[490] Scoring wird klassischerweise im Rahmen von Geschäften mit Vorleistungspflicht einer Vertragspartei eingesetzt. Für die vorliegende Untersuchung sind daher die Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen durch Kreditinstitute interessant, die externes Scoring zur Bemessung ihrer Kreditrisiken einsetzen.

(b) Betroffene Personen

Die Norm erlaubt die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der Kunden der Institute (1.), der Personen, mit denen sie Vertragsverhandlungen über Adressenausfallrisiken begründende Geschäfte aufnehmen (2.) und der Personen, die für die Erfüllung eines Adressenausfallrisikos einstehen sollen (3.).[491] Der Kreis der Personen, deren Daten erhoben und verwendet werden dürfen, ist damit auf Kunden, Kreditinteressenten, Bürgen und andere Personen, die als Sicherungsgeber für eine Forderung eintreten möchten, begrenzt.[492] Das „Adressenausfallrisiko“ wird im KWG nicht definiert, kann aber als Oberbegriff für alle Risiken in Bezug auf die Rückzahlungsfähigkeit und -willigkeit eines Schuldners verstanden werden.[493] Es besteht somit kein begrifflicher Un-

---

487 *Brogl,* in: Reischauer/Kleinhans, § 1, Rn. 5.

488 *Brogl,* in: Reischauer/Kleinhans, § 1, Rn. 5.

489 *Brogl* in: Reischauer/Kleinhans, § 1, Rn. 183.

490 *Brogl* in: Reischauer/Kleinhans, § 1, Rn. 183.

491 § 10 Abs. 2 KWG.

492 *Kokemoor*, in: Beck/Samm/Kokemoor, § 10, Rn. 25d; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 64.

493 Zu §§ 8 ff. SolvV a. F.: *Schulte-Mattler*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 8, Rn. 1; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 60; *Helfrich*, in Forgó/Helfrich/Schneider, S. 680; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe,

terschied zu dem vielfach verwendeten Terminus „Kreditrisiko“.[494] Sofern es sich um Daten zu einem Unternehmen handelt, die keinen Bezug zu einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person aufweisen, greifen die Datenschutzgesetze nicht ein.[495] § 10 Abs. 2 S. 2 BDSG statuiert jedoch eine Ausnahme von diesem Grundsatz, indem die Vorschrift auch die Erhebung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erfasst und Unternehmen somit in den Anwendungsbereich einbezieht.[496] Das Risiko, das mit der Kreditvergabe an Unternehmen verbunden ist, muss für die Bemessung einer angemessenen Eigenmittelhinterlegung zwar berücksichtigt werden,[497] aber wenn keine personenbezogenen Daten vorliegen, ist für die Erhebung und Verwendung dieser Daten keine datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm erforderlich.[498]

(c) Erheben und Verwenden

Die Vorschrift erlaubt die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der genannten Personen. Der Begriff der *Erhebung* wird in § 3 Abs. 3 BDSG als das Beschaffen von Daten über den Betroffenen legaldefiniert. Die Verwendung von Daten wird weder im KWG noch im BDSG definiert.[499] Das BDSG spricht an vielen Stellen im Dreiklang von der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten.[500] Die Verwendung ist Bestandteil der in § 3 Abs. 5 BDSG geregelten Legaldefinition zur Nutzung, die jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung handelt, bezeichnet. Der Nutzungsbegriff ist damit ein Auffangtatbestand für den Umgang mit personenbezogenen Daten.[501] Die Legaldefinition zeigt, dass „der Begriff der 'Verwendung' […] vom Begriff der 'Nutzung' […] umfasst ist […]“[502] und originär auch die Verarbeitung i. S. d. § 3 Abs. 4 BDSG miterfasst. Bei der

---

Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 26, Fn. 40.

494 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 681.

495 Vgl. *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 64.

496 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 62.

497 Artikel 92 Abs. 3 lit. a. CRR sieht insoweit keine Unterschiede vor.

498 Siehe 1. Teil A. I. 2. a).

499 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 64.

500 Etwa § 4 Abs. 1; § 8 Abs. 1; § 11; § 30a BDSG.

501 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 3, Rn. 45.

502 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA; S. 65.

Verarbeitung schließlich handelt es sich gemäß § 3 Abs. 4 BDSG um das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. Die verschiedenen technischen Verarbeitungsphasen werden unter dem Oberbegriff der Verarbeitung zusammengefasst.[503] Der Verwendungsbegriff fasst somit die Verarbeitung und sonstige Nutzung personenbezogener Daten zusammen.[504]

(d) Kumulative Erhebungsvoraussetzungen der Nr. 1 bis 3

Für die Zulässigkeit der Datenerhebungen und -verwendungen auf der Grundlage des § 10 Abs. 2 KWG müssen ferner kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen:

(aa) Wissenschaftlich anerkanntes Verfahren und Erheblichkeit der Daten

Die erhobenen und verwendeten Daten müssen unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Bestimmung von Adressenausfallrisiken erheblich sein (Nr. 1). Diese Voraussetzung findet sich auch in § 28b Nr. 1 BDSG und wird weiter unten in dieser Arbeit erörtert.[505] Die Beweislast für die Erheblichkeit der Daten trägt das datenverarbeitende Institut.[506] Der Begriff der *Erheblichkeit* ist auslegungsbedürftig. Hinsichtlich der Daten, die für den Echtbetrieb der internen Ratingsysteme erhoben werden, fordert der Gesetzgeber die Anlegung eines strengen Maßstabs, ohne diese Forderung zu konkretisieren.[507] Die Regelbeispiele zulässiger Datenarten in § 10 Abs. 2 S. 4 Nr. 1 bis 4 KWG, die eine nicht abschließende Aufzählung enthalten, sollen dem Rechtsanwender helfen, die Erheblichkeit von Datenkategorien festzulegen.[508] Es handelt sich um Daten über Einkommens-, Vermögens- und Beschäftigungsverhältnisse, Zahlungsverhalten und Vertragstreue, vollstreckbare Forderungen, Zwangsvollstreckungsverfahren und -maßnahmen sowie Insolvenzverfahren.

---

503 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 111.

504 *Kokemoor*, in: Beck/Samm/Kokemoor, § 10, Rn. 25f.

505 Siehe 2. Teil C. II. 4. c) aa).

506 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 681.

507 BT-Drucks. 16/1335, 26.4.2006, S. 48.

508 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 59.

(bb) Erforderlichkeit zum Aufbau und Betrieb und zur Entwicklung und Weiterentwicklung interner Ratingsysteme

Die Daten müssen zum Aufbau und Betrieb einschließlich der Entwicklung und Weiterentwicklung interner Ratingsysteme zur Bestimmung von Adressenausfallrisiken des Kreditinstituts oder der Wertpapierfirma erforderlich sein (Nr. 2). Mit dem Kriterium der Erforderlichkeit führt der Gesetzgeber einen auslegungsbedürftigen Begriff in das Gesetz ein. Maßgeblich wird sein, ob die Daten dem genannten Zweck dienen. Bemerkenswert ist, dass die Erhebung und Verwendung von Daten neben dem Echtbetrieb auch für die Entwicklung und Weiterentwicklung interner Ratingsysteme erlaubt ist.[509] Zu diesem Zweck erhobene und verwendete Daten müssen nicht den strengen Maßstäben der Erheblichkeit und Erforderlichkeit genügen.[510] Es reicht gemäß § 10 Abs. 2 S. 3 KWG vielmehr, dass ihre Erhebung und Verwendung bei nachvollziehbarer wirtschaftlicher Betrachtungsweise für die Bestimmung und Berücksichtigung von Ausfallrisiken erheblich ist. Eine Speicherung dieser Daten auf Vorrat und spätere Verwendung im Echtbetrieb verstößt gegen den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung.[511]

(cc) Ausgeschlossene Daten

Die Erlaubnisnorm verbietet in § 10 Abs. 2 Nr. 3 KWG die Erhebung und Verwendung der Angaben zur Staatsangehörigkeit und sensibler personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG. Unter letztere fallen Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben.[512]

---

509 *Kokemoor*, in: Beck/Samm/Kokemoor, § 10, Rn. 25e.

510 *Kokemoor*, in: Beck/Samm/Kokemoor, § 10, Rn. 25e.

511 *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28, Rn. 62; *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 681.

512 § 3 Abs. 9 BDSG.

(e) Erlaubnisnorm für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

In § 10 Abs. 2 S. 2 KWG werden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse personenbezogenen Daten gleichgestellt. Diese Gleichstellung findet sich im Sozialrecht ebenfalls.[513] Gemäß § 67 Abs. 1 S. 2 SGB X sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse alle betriebs- oder geschäftsbezogenen Daten, auch von juristischen Personen, die Geheimnischarakter haben. Sofern diese Daten keinen Personenbezug aufweisen, wird der Anwendungsbereich der Erlaubnisnorm des § 10 Abs. 2 KWG durch diese Gleichstellung über das Datenschutzrecht hinaus erweitert.[514] Die Regelung wird daher aus systematischen Gründen kritisiert.[515] Auf die datenschutzrechtliche Untersuchung des Scoring hat dies jedoch keine Auswirkungen, da Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse keine personenbezogenen Daten i. S. d. § 3 Abs. 1 BDSG sind.[516]

(f) Datenquellen

Die Quellen, aus denen die Daten zulässigerweise erhoben werden dürfen, sind in § 10 Abs. 2 S. 5 Nr. 1 bis 4 KWG abschließend genannt. Es handelt sich um den Betroffenen (Nr. 1), Institute, die derselben Institutsgruppe angehören (Nr. 2), Ratingagenturen und Auskunfteien (Nr. 3) sowie allgemein zugängliche Quellen (Nr. 4). Die Erörterung der allgemein zugänglichen Quellen erfolgt an späterer Stelle dieser Arbeit.[517] Durch die Zulassung externer Datenquellen sollen insbesondere kleinere Institute unterstützt werden, deren eigene Datenbasis für die Durchführung aussagekräftiger interner Ratings nicht ausreichen würde.[518]

(g) Übermittlung der Daten

Gemäß § 10 Abs. 2 S. 6 KWG dürfen Institute die erhobenen personenbezogenen Daten an andere Institute derselben Institutsgruppe sowie in pseudonymi-

---

513 *Kokemoor*, in: Beck/Samm/Kokemoor, § 10, Rn. 25g.

514 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 62.

515 *Mielk*, in: Reischauer/Kleinhans, § 10, Rn. 62; m. w. N. *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 68.

516 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 68.

517 Siehe 2. Teil C. II. 2. a) cc) (2) (d).

518 BT-Drucks. 16/1335, 26.4.2006, S. 48.

sierter Form an externe Dienstleister übermitteln, die von ihnen mit dem Aufbau und Betrieb einschließlich der Entwicklung und Weiterentwicklung interner Ratingsysteme für die Schätzung von Risikoparametern des Ausfallrisikos beauftragt wurden. Der Gesetzgeber wollte hiermit erreichen, dass auch kleinere Institute den IRB-Ansatz zur Bestimmung der angemessenen Eigenkapitalausstattung nutzen können, ohne „unverhältnismäßig teure interne Ratingsysteme mit den erforderlichen Datenverarbeitungskapazitäten einrichten zu müssen."[519]

(h) Informationspflicht

Im KWG ist keine Informationspflicht gegenüber dem Betroffenen über die Erhebung und Verwendung seiner personenbezogenen Daten vorgesehen.[520] Mangels bereichsspezifischer Regelung ist auf die Vorschriften zu den Informationspflichten im BDSG, §§ 4 Abs. 3; 33 Abs. 1 BDSG, zurückzugreifen.[521]

(aa) Informationspflicht gemäß § 4 Abs. 3 BDSG

Die Informationspflicht gemäß § 4 Abs. 3 BDSG gilt für die Fälle, in denen personenbezogene Daten direkt beim Betroffenen mit dessen Kenntnis erhoben werden.[522] Der Betroffene ist auf die Identität der verantwortlichen Stelle, die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und soweit der Betroffene nach den Umständen des Einzelfalls nicht mit der Übermittlung an diese rechnen muss, auf die Kategorien von Empfängern hinzuweisen, § 4 Abs. 3 BDSG. Im Falle der Direkterhebung werden sich diese Informationen regelmäßig ohnehin aus dem Kontakt zwischen (Kredit-)Instituten und Betroffenem zur Vertragsanbahnung ergeben.[523] Wichtig ist jedenfalls, dass die Zweckbestimmung für die erhobenen Daten nicht nur durch die verantwortliche Stelle festgelegt, sondern dem Betroffenen auch mitgeteilt wird.[524] Da das Gesetz lediglich die Information über Kategorien an Empfängern vorsieht, ist eine

---

519 BT-Drucks. 16/1335, 26.4.2006, S. 48.

520 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 71.

521 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 71.

522 *Gola/Schomerus*, § 4, Rn. 29.

523 *Gola/Schomerus*, § 4, Rn. 29.

524 *Gola/Schomerus*, § 4, Rn. 31.

Nennung der konkreten Wirtschaftsauskunfteien, an die die Daten zur Scorewertberechnung übermittelt werden sollen, nicht erforderlich.[525] Die Tatsache, dass die Einholung externer Scorewerte und die Dateneinmeldung zu diesem Zweck branchenüblich sind, lässt die Information über die Empfängerkategorien nicht entfallen.[526] Entscheidend ist vielmehr, ob diese Tatsache dem Betroffenen bekannt ist.[527]

(bb) Benachrichtigungspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG

Nach § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG ist der Betroffene über die erstmalige Speicherung seiner personenbezogenen Daten zu eigenen Zwecken durch die verantwortliche Stelle zu benachrichtigen. Eine erstmalige Speicherung liegt immer dann vor, „wenn eine neue Art von Daten über die Betroffenen gespeichert wird".[528] Im Unterschied zu § 4 Abs. 3 BDSG regelt § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG die Informationspflicht für die Fälle, in denen personenbezogene Daten ohne Kenntnis des Betroffenen und nicht im Wege der Direkterhebung erhoben werden. Die Benachrichtigungspflicht besteht ferner, wenn geschäftsmäßig zum Zwecke der Übermittlung gespeicherte personenbezogene Daten, ohne Kenntnis des Betroffenen, erstmals übermittelt werden, § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG. Die Benachrichtigungspflicht entfällt, wenn die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen wurden und die Benachrichtigung wegen der Vielzahl betroffener Fälle unverhältnismäßig ist, § 33 Abs. 2 Nr. 7 lit. a BDSG. Inhaltlich muss die Benachrichtigung die Art der Daten, den Zweck ihrer Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und die Identität der verantwortlichen Stelle enthalten.[529] Außerdem sind die Kategorien von Empfängern zu nennen, wenn der Betroffene nicht mit einer Übermittlung an diese rechnen muss, § 33 Abs. 1 S. 3 BDSG. Mit der Verwendung des Begriffs *Kategorien* macht der Gesetzgeber deutlich, dass keine Nennung einzelner Empfänger erforderlich ist, es genügt ihre abstrakte Beschreibung.[530] Kreditinteressenten und -kunden händigen dem Kreditinstitut ihrer Wahl eine Reihe von personenbezogenen Daten zur

---

525 *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 4, Rn. 76.

526 *Gola/Schomerus*, § 4, Rn. 33.

527 *Gola/Schomerus*, § 4, Rn. 33.

528 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 11.

529 § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG.

530 *Scholz/Sokol*, in: Simitis: § 4, Rn. 44.

Bearbeitung ihres Kreditgesuchs aus. Hinsichtlich der Speicherung dieser Daten greift die Informationspflicht gemäß § 4 Abs. 3 BDSG. Wenn das Kreditinstitut jedoch zusätzlich Daten aus externen Quellen erhebt und hinzuspeichert, – es handelt sich um eine Speicherung zu eigenen Zwecken – besteht die Benachrichtigungspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG.[531] Sofern über das externe Scoring von einer Auskunftei der Scorewert eines Betroffenen eingeholt wird, besteht somit die Informationspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG.[532] Das BDSG schreibt keine Form der Benachrichtigung vor.[533] Es muss aber sichergestellt werden, „dass die Betroffenen sie zur Kenntnis nehmen und verstehen können.“[534] Ein Telefonanruf wird in vielen Fällen nicht genügen, da der Angerufene die Identität des Anrufers häufig nicht registriert und auch die Bedeutung der auf diesem Wege erlangten Information nicht einzuschätzen vermag.[535] Auch eine Information in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist wegen der mangelnden Wahrnehmung durch den Betroffenen nicht ausreichend[536] Die Benachrichtigung sollte schriftlich und im Einzelfall erfolgen, so kann die verantwortliche Stelle gleichzeitig die Wahrnehmung ihrer Informationspflicht dokumentieren.[537]

(2) Effektivitätsanalyse

Analysiert wird die Effektivität der bereichsspezifischen Erlaubnisnorm des § 10 Abs. 2 KWG zur Verhinderung unrichtiger und der Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte. Diese Untersuchung ist im Gesamtkontext mit der Erörterung der an dieser Stelle ausgelassenen Begrifflichkeiten des *wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens* und der *öffentlich zugänglichen Quelle*[538] zu sehen. Der Gesetzgeber verfolgt mit der Vorschrift einen interessengerechten Ausgleich zwischen der Pflicht der Institute, ihre Kreditrisiken im Hinblick auf eine angemessene Eigenmittelausstattung zu berech-

---

531 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 683.

532 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 683.

533 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 34.

534 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 36.

535 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 34.

536 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 36.

537 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 35.

538 Siehe 2. Teil C. II. 2. a) cc) (2) (d) und 2. Teil C. II. 4. c) aa).

nen und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen.[539] Unrichtige Scorewerte geben eine falsche Prognose der zukünftigen Zahlungsfähigkeit und -willigkeit des Betroffenen ab. Ein unrichtiger Scorewert setzt somit eine falsche Aussage über das hypothetische Zahlungsverhalten der betroffenen Person in die Welt, da er sich an unrichtigen Tatsachen orientiert. Bei (unrichtigen) Scorewerten handelt es sich um personenbezogene Daten. Ihre Unrichtigkeit begründet daher eine Persönlichkeitsrechtsverletzung.[540] Die Erlaubnisnorm des § 10 Abs. 2 KWG sieht keine Pflicht der verantwortlichen Stelle zur Kontrolle der Richtigkeit und der Aktualität der erhobenen und verwendeten Daten vor.[541]

Die Gefahr der Zugrundelegung unrichtiger oder veralteter Daten ist im Falle der Direkterhebung beim Betroffen sehr gering, besteht dafür jedoch umso mehr bei der Erhebung von Daten aus externen Quellen.[542] Hinsichtlich der aus externen Quellen erhobenen Daten ist auch keine Nachberichtigungspflicht oder Nachkontrollpflicht vorgesehen, wenn bzw. ob sich Daten nachträglich geändert haben. Somit ist keine Regelung zur Sicherstellung ausreichender Datenqualität vorhanden.

Die Erlaubnisnorm ist nicht effektiv zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte. Demgegenüber enthält die Erlaubnisnorm effektive Formulierungen, um aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten. Das Interesse der (Kredit-)Institute und Wirtschaftsauskunfteien an der Möglichkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung möglichst vieler bonitätsrelevanter Informationen zur Berechnung aussagekräftiger Scorewerte kann die Norm erfüllen. Die auslegungsbedürftigen Begrifflichkeiten der *Erheblichkeit* und *Erforderlichkeit* der Daten tragen dem Umstand Rechnung, dass sich die Erkenntnisse der Kreditbranche über die (statistische) Aussagekraft einzelner Merkmale stetig weiterentwickeln.[543] Die Möglichkeit der Erhebung und Verwendung von Daten, denen erst in der Zukunft Relevanz für die Bonität eines Unternehmens oder einer Person zuge-

---

539 BT-Drucks. 16/1335, 26.4.2006, S. 48.

540 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 35, Rn. 25 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 170, § 1, Rn. 24.

541 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 82.

542 *Weichert*, Stellungnahme des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) vom 23.05.2006 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 26.04.2006, BT-Drucks. 16/1335, zu Satz 7: https://www.datenschutzzentrum.de/scoring/060404-bankenrichtlinie.htm (zuletzt abgerufen am 17.12.2015).

543 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 74; BT-Drucks. 16/1335, 24.6.2006, S. 38.

schrieben wird, eröffnet sich auch durch die nicht abschließende Aufzählung der zulässigen Datenkategorien in § 10 Abs. 2 S. 4 Nr. 1 bis 4 KWG. Mit der Lockerung der Kriterien der Erheblichkeit und Erforderlichkeit in den Fällen, in denen Daten zur Entwicklung und Weiterentwicklung interner Ratingverfahren erhoben und verwendet werden, § 10 Abs. 2 S. 3 KWG, trägt der Gesetzgeber auch der technischen Entwicklung zur Steigerung der Aussagekraft von Scorewerten Rechnung.[544] Lediglich das Verbot der Erhebung besonders sensibler Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG schränkt die zulässige Datenbasis ein. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass durch einen Verzicht auf diese Daten die Aussagekraft des Scorewertes erheblich eingeschränkt wird.

(3) Effizienzanalyse

Die Effizienz der Erlaubnisnorm des § 10 Abs. 2 KWG bemisst sich danach, wie niedrig der den Akteuren der Kreditwirtschaft auferlegte Aufwand ist, um einen effektiven Schutz vor unrichtigen Scorewerten und eine effektive Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte zu erreichen. Die Effizienz ist demnach umso höher, je niedriger der Aufwand für die beteiligten Akteure ist.

(a) Effizienz aus der Sicht der Kreditinstitute

Die Erlaubnisnorm sieht keine Pflicht der verantwortlichen Stelle zur Kontrolle der Qualität der erhobenen Daten vor. Den Kreditinstituten wird somit gar kein Kosten-, Personal- oder Verwaltungsaufwand auferlegt. Die Vorschrift ist jedoch auch nicht geeignet, effektiv unrichtige Scorewerte zu verhindern. Hier besteht Nachbesserungsbedarf. Durch die Auslegungsbedürftigkeit der Formulierungen eröffnet die Erlaubnisnorm den Kreditinstituten die Erhebung und Verwendung weitreichender Datenarten. Die Kriterien der *Erheblichkeit* und *Erforderlichkeit* verpflichten die Kreditinstitute zwar zu einer Relevanzprüfung, diese ist jedoch wegen der Möglichkeit der Berücksichtigung geänderter statistischer Erkenntnisse und des technischen Fortschritts mit einem vertretbaren Aufwand durchführbar. Auch das Verbot der Erhebung besonders sensibler

[544] *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 74; BT-Drucks. 16/1335, 24.6.2006, S. 38.

personenbezogener Daten aus § 3 Abs. 9 BDSG erleichtert die Entscheidung über die Zulässigkeit der Datenerhebungen für die Kreditinstitute, wenngleich durch das Verbot der Umfang der zulässigerweise zu erhebenden Daten eingeschränkt wird. Die Vorschrift ist für Kreditinstitute somit auch effizient im Hinblick auf das Ziel der Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte.

(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien

Die Vorschrift des § 10 Abs. 2 KWG betrifft Wirtschaftsauskunfteien als scorewertbildende Unternehmen nur mittelbar. Die Vorschrift erlaubt Instituten Datenerhebungen und -verwendungen zum Zwecke der Durchführung interner Ratingverfahren zur Bestimmung der Kreditrisiken im Rahmen der Ermittlung einer angemessenen Eigenmittelausstattung. Das Einholen externer Scorewerte bei Wirtschaftsauskunfteien kann jedoch eine Modalität des internen Ratingverfahrens sein. Wenn externes Scoring in diesem Rahmen eingesetzt wird, profitieren die angefragten Wirtschaftsauskunfteien möglicherweise von der Erlaubnisnorm. Dann nämlich, wenn das anfragende Institut die zuvor auf der Grundlage des § 10 Abs. 2 KWG erhobenen personenbezogenen Daten bei den Wirtschaftsauskunfteien einmeldet. Das setzt voraus, dass eine Erlaubnisnorm für die Übermittlung besteht[545] und das Bankgeheimnis nicht entgegensteht[546]. Die Effizienz der Erlaubnisnorm ist aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien zu bejahen. Sie profitieren mittelbar von den gestatteten Datenerhebungen, ohne durch die Norm in irgendeiner Weise mit Kosten-, Personal- oder Verwaltungsaufwand belastet zu werden.

(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen

Am schwierigsten ist die Beurteilung der Effizienz der Vorschriften zum Scoring aus Betroffenensicht. Werden aufgrund der Erlaubnisnorm des § 10 Abs. 2 KWG personenbezogene Daten einer natürlichen Person für interne Ratingverfahren erhoben und verwendet, erfährt der Betroffene hiervon und von deren Zweckbestimmung – ohne eigenes Tätigwerden – in zwei Fällen: Erstens, wenn die Daten direkt bei ihm erhoben wurden, § 4 Abs. 3 BDSG, oder zweitens,

---

545 § 4 Abs. 1 BDSG.

546 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 10; *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 99.

wenn die Informationspflicht des § 33 Abs. 1 BDSG eingreift und von der verantwortlichen Stelle (dem Institut) eingehalten wird. Die Informationspflicht besteht jedoch nur bei der erstmaligen Speicherung einer neuen Datenart und bezieht sich auch nur auf die Art der gespeicherten Daten, eine explizite Aufzählung der erhobenen Daten wird vom Gesetz nicht gefordert.[547] Auch über die Identität der Auskunfteien, an welche die Daten des Betroffenen übermittelt wurden oder werden sollen, wird der Betroffene nicht informiert. Die Benachrichtigung versetzt den Betroffenen daher nicht in die Lage, die Speicherung unrichtiger oder veralteter Daten zu seiner Person frühzeitig zu erkennen. Die Benachrichtigung dient eher als Anstoß an den Betroffenen, sein Auskunftsrecht gegenüber der verantwortlichen Stelle wahrzunehmen und dann gegebenenfalls weitere Ansprüche, wie den auf Berichtigung, geltend zu machen.[548] Darin liegt ein erheblicher Aufwand für den Betroffenen. Die Ausübung seiner Rechte wird erschwert. Die Effizienz der Vorschrift ist aus seiner Sicht daher zu verneinen.

bb) § 91 Abs. 2 AktG als Erlaubnisnorm für Aktiengesellschaften

Die Vorschrift des § 91 Abs. 2 AktG verpflichtet den Vorstand einer Aktiengesellschaft, geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Hieraus wird die Verpflichtung von Aktiengesellschaften zu einem nachhaltigen Risikomanagement geschlossen.[549] Die Bestimmung der Kreditrisiken ist ein im Risikomanagement relevanter Faktor. Scoring wiederum ist ein mögliches Verfahren zu der Bestimmung von Zahlungswahrscheinlichkeiten und damit von Kreditrisiken.[550] Die Vorschrift enthält jedoch weder ein Recht noch eine Pflicht von Aktiengesellschaften zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten. Es handelt sich bei § 91 Abs. 2 AktG daher nicht um eine Erlaubnisnorm im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 1 BDSG.[551] Für das von Aktiengesellschaften eingesetzte exter-

---

547 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 16; *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 683.

548 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 16.

549 *Koch*, in: Hüffer, § 91, Rn. 8.

550 *Petri*, DuD 2003, 631 (633).

551 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 91; *Petri*, DuD 2003, 631 (633).

ne Scoring sind somit die allgemeinen Erlaubnisnormen des BDSG heranzuziehen.[552]

cc) § 28 Abs. 1 BDSG

Für die Erhebung und Speicherung bonitätsrelevanter Daten durch Unternehmen, die später zum Zwecke der Durchführung von Scoring an Wirtschaftsauskunfteien übermittelt werden, ist § 28 Abs. 1 BDSG die einschlägige Erlaubnisnorm, deren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen müssen. Für (Kredit-) Institute ist diese Erlaubnisnorm für Datenerhebungen und -speicherungen maßgeblich, sofern nicht § 10 Abs. 2 KWG einschlägig ist. Die Vorschrift des § 28 Abs. 1 BDSG regelt die Voraussetzungen, unter denen das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten sowie ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig ist.

(1) Abgrenzung zu § 29 Abs. 1 BDSG

Zunächst ist § 28 Abs. 1 BDSG von der Erlaubnisnorm des § 29 Abs. 1 BDSG abzugrenzen. Diese Vorschrift legt die Voraussetzungen für das geschäftsmäßige Erheben, Speichern, Verändern oder Nutzen personenbezogener Daten zum Zwecke der Übermittlung, insbesondere wenn diese der Tätigkeit der Auskunfteien dient, fest. Kreditinstitute und andere Unternehmen, die bei Vertragsschluss in Vorleistung treten, wenden im Rahmen der Entscheidung über einen Vertragsschluss externes Scoring an. Dazu übermitteln sie alle oder einen Teil der Daten, die sie im Rahmen der Anbahnung des Vertragsschlusses bei dem Betroffenen erheben und in eigenen Datenbanken speichern.[553] Entscheidend für die Abgrenzung zwischen § 28 Abs. 1 BDSG und § 29 Abs. 1 BDSG ist der Zweck, zu dem die Daten erhoben werden. Grob lässt sich sagen, dass § 28 BDSG die Erhebung zu eigenen Zwecken und § 29 BDSG die Erhebung zu fremden Zwecken regelt.[554] § 28 ist somit einschlägig, wenn eine spätere Übermittlung der erhobenen Daten „dem eigenen Geschäftszweck [dient], also als Mittel zur Erreichung dieses von der Übermittlung zu trennenden Zwecks“

---

552 *Petri*, DuD 2003, 631 (633).

553 *Ehmann*, in: Simitis § 29, Rn. 128.

554 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 22.

eingesetzt wird.[555] Demgegenüber ist § 29 BDSG maßgeblich, wenn „die Übermittlung selbst der angestrebte Zweck“ ist.[556] Ein Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 28 BDSG liegt vor, wenn „die verantwortliche Stelle an den Daten ein eigenes Interesse hat, weil sie mit den Betroffenen in Kontakt steht oder mit ihnen in Kontakt treten will“.[557] Kreditinstitute und andere Unternehmen erheben personenbezogene Daten des Betroffenen, um mit diesem einen Vertrag abzuschließen und durchzuführen.[558] Der Zweck der Datenerhebungen in Phase I ist somit ein eigener Geschäftszweck der (Kredit-)Unternehmen. Dies wird dadurch unterstrichen, dass das Erzielen von Gewinnen und damit der Selbsterhalt der (Kredit-)Unternehmen von den Vertragsschlüssen mit den Kunden abhängt. Die Einholung externer Scorewerte und die damit verbundene Übermittlung personenbezogener Daten an Wirtschaftsauskunfteien ist hingegen nur ein Hilfsmittel im Rahmen der Entscheidung über einen Vertragsschluss. Die maßgebliche datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm für die Erhebung personenbezogener Daten durch (Kredit-)Unternehmen über den Betroffenen im Zusammenhang mit der Durchführung des externen Scoring ist somit § 28 Abs. 1 BDSG.[559]

(2) Voraussetzungen

Im Folgenden werden die Tatbestandsvoraussetzungen der Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 1 BDSG für Kreditinstitute und andere Unternehmen dargestellt. Ihr Vorliegen ist entscheidend für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Datenerhebungen in Phase I. Die Prüfung kann nur im Einzelfall erfolgen. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor, kommt eine zulässige Datenerhebung nur bei wirksamer Einwilligung des Betroffenen in Betracht.

---

555 *Ehmann*, in: Simits, § 29, Rn. 20.

556 *Ehmann*, in: Simits, § 29, Rn. 20.

557 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 8.3.2012, Az.: 16 U 125/11, NJW 2012 2896 (2896); *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 4.

558 Taeger, BB 2007, 785 (786 f.).

559 So auch *Ehmann*, in: Simitis: § 29, Rn. 128; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 175.

(a) Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke

Wie im Rahmen der Abgrenzung zwischen § 28 Abs. 1 und § 29 Abs. 1 BDSG dargestellt, dient das Erheben und Speichern personenbezogener Daten durch (Kredit-)Unternehmen in Phase I dem Abschluss und der Durchführung von Verträgen mit dem Betroffenen. Erhebung und Speicherung werden somit als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke eingesetzt.[560] Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit richtet sich danach, ob einer der in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BDSG aufgeführten Tatbestände vorliegt.[561]

(b) Rechtsgeschäfte mit dem Betroffenen (Nr. 1)

Die Datenerhebungen und -speicherungen sind für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich (Nr. 1). (Kredit-)Unternehmen erheben und speichern die Daten des Betroffenen im Rahmen der Vertragsanbahnung mit dem Ziel, einen Vertrag abzuschließen und durchzuführen. Der Vertragszweck, zu dem die Daten erhoben und gespeichert werden, muss durch die Parteien übereinstimmend anerkannt werden.[562] Welche Daten erhoben und gespeichert werden dürfen, richtet sich nach dem Vertragsinhalt.[563] Bei den Verträgen mit Vorleistungspflicht, die (Kredit-)Unternehmen anbieten, sind etwa Name, Anschrift und Bankverbindung des (potentiellen) Kunden notwendig, bei Kreditverträgen kommen Angaben zum Einkommen und zu bestehenden Verbindlichkeiten hinzu.[564] Die Erforderlichkeit der Daten ist objektiv für das konkrete Schuldverhältnis zu ermitteln.[565] Die Speicherung von Werturteilen wird durch die gesetzliche Regelung nicht untersagt, die juristische Literatur rät hier jedoch zur Zurückhaltung.[566] Sofern (Kredit-)Unternehmen externes Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien durchführen lassen, kommt es für die Zulässigkeit der vorherigen Erhebung und Speicherung der Daten des Betroffenen auf die Ausgestaltung der Vertragsbeziehung zwischen

560 *Taeger*, BB 2007, 785 (786 f.).
561 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 52.
562 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 57.
563 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 16; *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 60.
564 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 60 f.
565 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 69.
566 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 71.

diesen Akteuren an. Werden Bonitätsauskünfte von (Kredit-)Unternehmen nur gelegentlich im Rahmen der Entscheidung über einen Vertragsschluss eingeholt, greift die Nr. 1 regelmäßig (noch) ein.[567] Etwas anderes gilt, wenn sich das (Kredit-)Unternehmen selbst vertraglich zu der regelmäßigen Übermittlung von Daten an eine Wirtschaftsauskunftei verpflichtet hat.[568] Die Erhebung und Speicherung der Daten durch das (Kredit-)Unternehmen dient dann nicht mehr in erster Linie der Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Schuldverhältnisses zwischen dem (Kredit-)Unternehmen und dem Betroffenen. Sie dient vielmehr der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen der (Kredit) Unternehmen gegenüber den Wirtschaftsauskunfteien. Im Hinblick auf das Risikomanagement des (Kredit-)Unternehmens können die Datenerhebungen und -speicherungen trotzdem gemäß Nr. 2 unter dem Aspekt des berechtigten Interesses der verantwortlichen Stelle zulässig sein.

(c) Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle (Nr. 2)

Wenn Nr. 1 nicht eingreift, kann sich die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Erhebung und Speicherung der Daten des Betroffenen zugunsten der verantwortlichen Stelle durch eine Interessenabwägung ergeben.[569] Das setzt gemäß Nr. 2 voraus, dass die Datenerhebung und -speicherung 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. Sofern ein rechtsgeschäftliches oder rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis zwischen der für die Erhebung und Speicherung verantwortlichen Stelle und dem Betroffenen besteht, sind die Erlaubnistatbestände der Nr. 2 und 3 eng auszulegen.[570] Ansonsten würde die mit dem konkreten Schuldverhältnis verbundene Zweckbestimmung der Datenerhebung und -speicherung unterlaufen.[571] In den im Rahmen der Beurteilung des externen Scoring relevanten Sachverhaltskonstellationen, besteht zwischen den (Kredit-)Unternehmen und dem Betroffenen, über

---

567 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 17, 19; *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 73.

568 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 75.

569 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 24.

570 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 9; *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 55, 99.

571 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 9; *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 55, 99; *Taeger*, BB 2007, 785 (787).

dessen Bonität ein Scorewert eingeholt wird, mindestens ein rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis in Form der Vertragsanbahnung. Handelt es sich um Vertragsverhandlungen mit Bestandskunden, besteht bereits eine Vertragsbeziehung. Die Erforderlichkeit der Datenerhebungen und -speicherungen zur Wahrung der berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle ist somit eng zu verstehen. Das Interesse der (Kredit-)Unternehmen an der Erhebung und Speicherung der Daten des Betroffenen bezieht sich in erster Linie auf den beabsichtigten Vertragsschluss. Die spätere Übermittlung der Daten an Wirtschaftsauskunfteien geschieht im Interesse eines nachhaltigen Risikomanagements.[572] Die der Übermittlung vorausgehenden Erhebungen und Speicherungen sind nicht (mehr) nach Nr. 1 zulässig, wenn sich das (Kredit-)Unternehmen seinerseits gegenüber einer oder mehreren Wirtschaftsauskunfteien vertraglich zu einer regelmäßigen Übermittlung von Betroffenendaten verpflichtet hat. Die Erhebung und Speicherung kann dann jedoch wegen des Eingreifens eines berechtigten Interesses der verantwortlichen Stelle nach Nr. 2 gerechtfertigt sein. Das berechtigte Interesse des (Kredit-)Unternehmens ist die Verwirklichung eines wirksamen Risikomanagements.[573] Es handelt sich um ein Interesse wirtschaftlicher Art, das ebenso wie ideelle Interessen von Nr. 2 erfasst ist.[574]
Da die spätere Übermittlung der Daten an eine Wirtschaftsauskunftei der Bonitätsbewertung dient, die wiederum die Vertragsentscheidung bestimmt, steht die vorhergehende Erhebung und Speicherung der Daten auch in engem Zusammenhang mit dem Vertragszweck. Die Erforderlichkeit ist somit auch bei einem restriktiven Verständnis der Nr. 2 gegeben. Sofern das später durchgeführte Scoring nicht willkürlich erfolgt, stehen dem keine schutzwürdigen Interessen des Betroffenen entgegen. Die Verwendung eines aussagekräftigen Scorewertes über den Betroffenen im Rahmen der Vertragsentscheidung liegt ebenfalls in dessen Interesse.[575] Ein Überwiegen schutzwürdiger Interessen des Betroffenen ist daher im Regelfall nicht anzunehmen.[576]

---

572 *Taeger*, BB 2007, 785 (787).

573 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 690; *Born*, ZD 2015, 66 (67).

574 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 104.

575 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 120.

576 Für den Online-Versandhandel so auch *Born*, ZD 2015, 66 (68).

(d) Allgemein zugängliche Daten oder Veröffentlichungsbefugnis (Nr. 3)

Gemäß Nr. 3 sind die Datenerhebungen und -speicherungen zulässig, wenn die Daten allgemein zugänglich sind oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegt. Diese Zulässigkeitsalternative ist ebenso wie Nr. 2 eng auszulegen, da der durch das rechtsgeschäftliche bzw. rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnis festgelegte Vertragszweck nicht unterlaufen werden darf.[577] Hinter dieser Erlaubnisnorm steht das Grundrecht der Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. GG, das jedermann die Unterrichtung aus allgemein zugänglichen Quellen gestattet.[578] Daran angelehnt soll auch die Erhebung und Speicherung der Daten aus allgemein zugänglichen Quellen zulässig sein.[579] Unzulässig ist die Erhebung und Speicherung von Daten aus diesen Quellen nur, wenn schutzwürdige Interessen des Betroffenen offensichtlich überwiegen. Die geforderte Offensichtlichkeit des Überwiegens macht deutlich, dass die notwendige Interessenabwägung bei Nr. 3 oftmals zugunsten der verantwortlichen Stelle ausfällt. (Kredit-)Unternehmen sind somit in vielen Fällen zur Erhebung und Speicherung von Daten zu einem (potentiellen) Vertragspartner aus allgemein zugänglichen Quellen befugt. Allerdings ist auch aus diesen Quellen nur die Erhebung und Speicherung von Daten zulässig, die dem (angestrebten) Vertragszweck dienlich sind. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis der restriktiven Auslegung der Nr. 3 bei Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses zwischen der verantwortlichen Stelle und dem Betroffenen.[580]

(aa) Daten aus sozialen Netzwerken

An dieser Stelle stellt sich die Frage, ob die datenschutzrechtlichen Vorschriften (Kredit-)Unternehmen die Erhebung und Speicherung bonitätsrelevanter Daten aus sozialen Netzwerken gestatten. Das setzt zunächst voraus, dass es sich bei sozialen Netzwerken wie etwa *Facebook*, *XING* oder *LinkedIn* um all-

577 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 9; *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 55, 99.

578 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 32.

579 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 32.

580 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 9; *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 55, 99.

gemein zugängliche Quellen handelt. Dies ist abzulehnen, wenn der Zugang zu Informationen in sozialen Netzwerken nicht der Öffentlichkeit zusteht.[581] Wenn der Betroffene den Zugang zu seinen Postings und Informationen auf einen bestimmten Personenkreis – z. B. die eigenen *Facebook*-Freunde – begrenzt, handelt es sich nicht um eine allgemein zugängliche Quelle.[582] Gleiches ist auch für Informationen anzunehmen, die nur für registrierte Mitglieder eines sozialen Netzwerkes einsehbar sind. Die notwendige Registrierung beschränkt den Kreis der Personen mit Zugang zu den Informationen im Netzwerk, sodass kein Zugang für die Allgemeinheit, also einen individuell nicht bestimmbaren Personenkreis, besteht. Dem wird entgegen gehalten, dass die Mitgliedschaft bei *Facebook* für eine unbestimmte Anzahl von Benutzern zu erlangen ist und daher faktisch keine Zugangsbeschränkung besteht.[583] Allerdings steht die Registrierung in sozialen Netzwerken nicht jedermann offen. Die Betreiber sozialer Netzwerke machen die Nutzung ihrer Dienste in der Regel von einem Mindestalter[584] und anderen Voraussetzungen[585] abhängig. Entscheidend für die Ablehnung der Öffentlichkeit der nur *Facebook*-Mitgliedern zugänglichen Informationen ist aber, dass die Gruppe der registrierten *Facebook*-Mitglieder in jeder Sekunde individuell bestimmbar ist, sodass der Zugang nicht einem unbestimmten Personenkreis offen steht. Etwas anderes gilt für Informationen aus sozialen Netzwerken, die öffentlich sind und auch über eine einfache Internetrecherche mittels Suchmaschinen verfügbar sind.[586] Hierbei handelt es sich um Daten aus allgemein zugänglichen Quellen, deren Erhebung und Speicherung somit grundsätzlich zu Zwecken der Bonitätsprüfung zulässig ist. Es sind auch

---

581 *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28, Rn. 58.

582 *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28, Rn. 58; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 127.

583 *Ostendorf, Frahm, Doege*, NStZ 2012, 529 (532).

584 Ziff. 4.5. der Nutzungsbedingungen von *Facebook* verlangt ein Mindestalter von 13 Jahren, https://de-de.facebook.com/legal/terms (zuletzt abgerufen am 3.1.2016); Ziff. 2.4 der AGB von *XING* verlangt Volljährigkeit, https://www.xing.com/terms#a-2 (zuletzt abgerufen am 3.1.2016), Ziff. 2.1 der Nutzervereinbarung von *LinkedIn* verlangt für deutsche Nutzer ein Mindestalter von 14 Jahren, https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?trk=hb_ft_userag (zuletzt abgerufen am 3.1.2016).

585 Etwa Bevollmächtigung bei Auftritten juristischer Personen, Ziff. 2.4 der AGB von *XING*, https://www.xing.com/terms#a-2 (zuletzt abgerufen am 3.1.2016); Keine Verurteilung als Sexualstraftäter, Ziff. 4.6. der Nutzungsbedingungen von *Facebook*, https://de-de.facebook.com/legal/terms (zuletzt abgerufen am 3.1.2016).

586 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 683.

keine Interessen des Betroffenen evident, die einen Ausschluss der Zulässigkeit begründen würden. Der Betroffene selbst hat seine Daten in dem sozialen Netzwerk nicht durch technische Einstellungen vor dem Zugriff der Öffentlichkeit geschützt, obwohl ihm dies möglich ist. Ein offensichtliches Überwiegen seiner schutzwürdigen Interessen ist jedoch im Einzelfall bei besonders sensiblen Informationen anzunehmen. In diesem Zusammenhang ist kritisch anzumerken, dass das Gesetz keine Pflicht der verantwortlichen Stelle zur Kontrolle der Qualität der Daten vorsieht.[587] Dies ist problematisch, da die Angaben in sozialen Netzwerken nicht immer der Wahrheit entsprechen.[588] Insbesondere bei der Angabe des Vor- und Nachnamens schummeln viele Nutzer.[589]

(bb) Zwischenergebnis zu Daten aus sozialen Netzwerken

Die datenschutzrechtlichen Vorschriften gestatten eine Verwendung bonitätsrelevanter Daten aus sozialen Netzwerken, soweit es sich um Informationen handelt, die öffentlich sind, d.h. mittels einer einfachen Internetrecherche für jedermann auffindbar.[590] Zu beachten ist, dass der angestrebte Vertragszweck auch die Daten, die aus sozialen Netzwerken erhoben werden dürfen, auf die Informationen beschränkt, die für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Schuldverhältnisses bzw. für die Durchführung von Bonitätsprüfungen als berechtigtem Interesse der verantwortlichen Stelle erforderlich sind.[591]

(e) Zweckbindung

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG sind bei der Erhebung personenbezogener Daten die Zwecke, für die die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, konk-

---

587 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 683.

588 BITKOM, Soziale Netzwerke – Eine repräsentative Untersuchung zur Nutzung sozialer Netzwerke im Internet, 2011, S. 17, https://www.bitkom.org/Publikationen/2011/Studie/Studie-Soziale-Netzwerke/BITKOM_Publikation_Soziale_Netzwerke.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2016).

589 BITKOM, Soziale Netzwerke – Eine repräsentative Untersuchung zur Nutzung sozialer Netzwerke im Internet, 2011, S. 17, https://www.bitkom.org/Publikationen/2011/Studie/Studie-Soziale-Netzwerke/BITKOM_Publikation_Soziale_Netzwerke.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2016).

590 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 683.

591 Vgl. *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 9; vgl. *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 55, 99.

ret festzulegen. Eine Erhebung bonitätsrelevanter Daten ist daher nur zulässig, wenn die Zwecke, zu denen die Daten erhoben werden, vorher explizit aufgeführt wurden.[592] Die spätere Verwendung der Daten muss sich nach diesen festgelegten Zwecken richten.[593] Daher verbietet sich eine nachträgliche Verwendung der erhobenen Daten zu anderen Zwecken und somit eine Datensammlung auf Vorrat.[594]

Nutzt ein (Kredit-)Unternehmen externes Scoring im Rahmen der Entscheidung über das *Ob* und *Wie* eines Vertrages mit einem potentiellen Kunden, muss neben dem Zweck der Datennutzung zur Begründung, Durchführung und Beendigung eines Vertragsverhältnisses daher auch die Übermittlung und weitere Verarbeitung zur Bonitätsprüfung festgelegt werden. Die Zwecke sind möglichst genau zu formulieren, um eine Umgehung der gesetzlich vorgeschriebenen Zweckbindung zu vermeiden.[595] Da Wirtschaftsauskunfteien die an sie übermittelten Daten in aller Regel nicht nur für die konkrete Berechnung eines Scorewertes verwenden, sondern die Daten außerdem in ihre eigene Datenbasis aufnehmen, müsste auch dies als Verarbeitungszweck festgelegt werden. Allerdings lässt § 28 Abs. 2 Nr. 2 lit. a BDSG die Übermittlung für einen anderen als den festgelegten Zweck zu, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass dem ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen entgegensteht. Die Wirtschaftsauskunftei ist im Verhältnis zu dem den Scorewert einholenden (Kredit-)Unternehmen Dritter.[596]

Diese Arbeit geht von der Grundannahme aus, dass die Berechnung aussagekräftiger Scorewerte im Interesse aller am Scoring beteiligten Akteure, insbesondere auch des Betroffenen, liegt.[597] Die Speicherung der Daten durch Wirtschaftsauskunfteien dient deren Interesse an einer möglichst aussagekräftigen Datenbasis für die Scorewertberechnung und dem Interesse anderer potentieller Kreditgeber und Vertragspartner an einem nachhaltigen Risikomanagement. Daher muss die spätere Speicherung der Daten durch die Wirtschaftsauskunfteien bei der Erhebung durch das (Kredit-)Unternehmen noch nicht ausdrück-

---

592 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 38.

593 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 38.

594 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 38, *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28, Rn. 62; *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 681.

595 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 42.

596 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 690.

597 So auch *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 690; siehe 1. Teil B. II. 1. c).

lich als Verwendungszweck formuliert sein. Die zulässige Verwendung ergibt sich aus § 28 Abs. 2 Nr. 2 lit. a BDSG.[598] Bei der späteren Übermittlung der Daten durch die (Kredit-)Unternehmen an die Wirtschaftsauskunfteien ist dieser weitergehende Zweck jedoch festzulegen. Das ergibt sich aus § 28 Abs. 5 BDSG.[599]

(f) Erhebung besonderer Arten personenbezogener Daten

Sensitive Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben.[600] Diese Daten dürfen ohne Einwilligung des Betroffenen nur in gesetzlich normierten Ausnahmefällen erhoben werden.[601] Für Datenerhebungen und -speicherungen durch (Kredit-)Unternehmen im Rahmen des Scoring dürfen sensitive Daten daher ohne Einwilligung des Betroffenen nur verwendet werden, wenn der Betroffene sie offenkundig öffentlich gemacht hat, § 28 Abs. 6 Nr. 2 BDSG, oder sie zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich sind, § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG.

(g) Informationspflichten

Es gelten die allgemeinen Informationspflichten gemäß §§ 4 Abs. 3; 33 Abs. 1 S. 1 BDSG der verantwortlichen Stelle, also von (Kredit-)Unternehmen, gegenüber dem Betroffenen.[602]

---

598 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 690.

599 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 690.

600 *Eßer*, in: Auernhammer, § 3, Rn. 84.

601 *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 28, Rn. 224.

602 Siehe 2. Teil C. II. 2 a) aa) (1) (h).

(3) Effektivitäts- und Effizienzanalyse

(a) Effektivität

Bei der Beurteilung der Effektivität der Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 1 BDSG zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich um eine allgemein gehaltene Erlaubnisnorm für private Unternehmen, i. S. d. § 27 Abs. 1 Nr. 1 BDSG handelt. Die Vorschrift sieht daher keine speziellen Regelungen zum Scoring vor. Gleichwohl ermöglicht sie die Erhebung von Daten durch (Kredit-)Unternehmen, die wiederum nach entsprechender Einmeldung von Wirtschaftsauskunfteien zur Scorewertberechnung genutzt werden. Eine Pflicht zur Kontrolle der Datenqualität sieht die Vorschrift nicht vor.
Ebenso wie bei § 10 Abs. 2 KWG wird dies bei den Daten, die direkt beim Betroffenen erhoben werden, auch nicht erforderlich sein. Bei diesen Daten könnte allenfalls ein Fehler bei der Aufnahme oder ihre nachträgliche Änderung ihre Unrichtigkeit oder mangelnde Aktualität herbeiführen. Eine regelmäßige Erkundigung nach der Änderung dieser Daten beim Betroffenen wäre daher sinnvoll. Von diesem kann jedoch auch die Mitteilung einer nachträglichen Änderung der Daten verlangt werden. Im Falle der Direkterhebung durch das (Kredit-)Unternehmen ist der Betroffene schließlich ausreichend über die bei seinem (potentiellen) Vertragspartner vorhandenen Daten informiert. Zur Gewährleistung der Richtigkeit und Aktualität dieser Daten sollte daher eine Vertragsabsprache ausreichen, sodass keine gesetzliche Regelung erforderlich ist.
Allerdings gestattet § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG auch die Erhebung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen, etwa aus öffentlichen Verzeichnissen, den Medien oder dem Internet, insbesondere aus sozialen Netzwerken. Die Richtigkeit und Aktualität dieser Daten gewährleistet die Vorschrift nicht. Zwar gelten auch für Datenerhebungen aufgrund von § 28 Abs. 1 BDSG die allgemeinen Informationspflichten des Betroffenen gemäß §§ 4 Abs. 3, 33 Abs. 1 BDSG. Wie oben gesehen sind diese jedoch unzureichend, um den Betroffenen über alle zu seiner Person aus externen Quellen gespeicherten Daten zu informieren und ihn in die Lage zu versetzen, diese zu berichtigen.[603] Auch eine Nachkontrollpflicht für Daten aus externen Quellen ist nicht vorgesehen. Die Vorschrift

[603] Siehe 2. Teil C. II. a) aa) (3) (c).

verhindert daher nicht die Erhebung unrichtiger und nicht mehr aktueller Daten, sodass sie das Auftreten unrichtiger Scorewerte nicht effektiv abwendet. Die Vorschrift fördert aber die Berechnung aussagekräftiger Scorewerte (vorausgesetzt die hierzu verwendeten Daten sind richtig und aktuell), indem sie die zulässigerweise zu erhebenden Daten ihrer Art nach nicht beschränkt. Ob die Entnahme von Daten aus sozialen Netzwerken gesetzlich ausgeschlossen werden soll, ist eine rechtspolitische Frage. Diese zu erörtern, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Derzeit werden Daten aus sozialen Netzwerken von den in Deutschland tätigen Wirtschaftsauskunfteien (noch) nicht zur Scorewertberechnung genutzt.[604] Das Interesse an diesen Daten besteht jedoch.[605] Gegen eine Verwendung der Daten aus sozialen Netzwerken spricht, dass die Betroffenen, insbesondere bei der Preisgabe von Informationen in von ihnen zu privaten Zwecken genutzten Netzwerken, nicht damit rechnen, dass die Informationen zur Beurteilung ihrer Kreditwürdigkeit verwendet werden. Andererseits muss sich jeder, der im Internet öffentlich Informationen verbreitet, darüber bewusst sein, dass die Daten entsprechend von jedermann gesehen und – bei Vorliegen einer datenschutzrechtlichen Erlaubnisnorm – auch zur Datenverarbeitung verwendet werden können. Im Hinblick auf die Effektivität der Vorschrift zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte liegt das Hauptproblem daher in der mangelnden Gewährleistung der Richtigkeit und Aktualität solcher und anderer Daten aus allgemein zugänglichen Quellen.

(b) Effizienz

(aa) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen

Der den (Kredit-)Unternehmen durch die Vorschrift aufgebürdete Aufwand ist gering. Mangels Kontrollpflichten für die aus externen Quellen gewonnenen Daten entsteht kein zusätzlicher Kosten-, Personal- oder Verwaltungsaufwand zum Alltagsgeschäft. Die bestehende Vorschrift ist daher aus der Sicht der

---

604 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 131.

605 Pressemitteilung des Hasso Plattner Instituts (HPI) zu gemeinsamem Web-Forschungsprojekt mit der SCHUFA, 4.6.2012, http://www.hpi.uni-potsdam.de/fileadmin/hpi/Pressemitteilungen_2012/20120604_Schufa_Lab_HPI.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2016).

(Kredit-)Unternehmen zur Verhinderung unrichtiger und Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte effizient.

(bb) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien

Die Wirtschaftsauskunfteien werden durch die Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 1 BDSG weder berechtigt noch verpflichtet. Sie profitieren jedoch mittelbar von den aufgrund dieser Erlaubnisnorm erhobenen Daten, wenn diese bei ihnen eingemeldet werden. Mangels eigenen Aufwands an Kosten, Personal oder Verwaltung ist die Vorschrift aus ihrer Sicht effizient.

(cc) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen

Die Effizienz für den Betroffenen lässt sich schwer absehen. Die mangelnde Effektivität der Vorschrift zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte führt dazu, dass es zu deren Auftreten kommt. Da die datenerhebenden (Kredit-)Unternehmen zu keinen Kontrollen hinsichtlich der Qualität der Daten verpflichtet werden, muss der Betroffene zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte zu seiner Person selbst tätig werden. Hierzu ist die Ausübung des Auskunftsrechts des Betroffenen und gegebenenfalls weiterer Ansprüche erforderlich. Damit ist ein erheblicher Aufwand verbunden, für den der Betroffene in vielen Fällen sogar einen Rechtsbeistand benötigen wird. Aus der Sicht des Betroffenen ist die Vorschrift zur Datenerhebung daher nicht effizient.

b) Einwilligung des Betroffenen

Gemäß § 4 Abs. 1 BDSG ist die Zulässigkeit von Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen vom Vorliegen einer Erlaubnisnorm oder der Einwilligung des Betroffenen abhängig. Im Folgenden werden das Verhältnis der Einwilligung zu den Erlaubnisnormen und ihre Voraussetzungen erörtert.

aa) Verhältnis der Einwilligung zu den Erlaubnisnormen

Wie dargestellt, erlaubt § 28 Abs. 1 BDSG in vielen Fällen die Erhebung und Speicherung bonitätsrelevanter Daten durch (Kredit-)Unternehmen, auch für die Durchführung des externen Scoring. Über das Vorliegen einer Erlaubnis-

norm hinaus können Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen durch eine Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt werden, § 4 Abs. 1 BDSG. Fraglich ist, welche Funktion einer Einwilligung zukommt, wenn bereits eine gesetzliche Erlaubnisnorm besteht. Der Einwilligung kommt keine Funktion zu, wenn die Voraussetzungen der Erlaubnisnorm vorliegen und die Einwilligung keine weitergehenden Befugnisse gewährt. In diesen Fällen wird sogar von der Einholung einer Einwilligung abgeraten, da der Betroffene getäuscht werde, indem ihm suggeriert werde, er könne die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch die Erteilung bzw. Nichterteilung seiner Einwilligung beeinflussen.[606] *Helfrich* geht sogar so weit, dass die Einwilligung in diesen Fällen unwirksam sei.[607] Er erklärt dies damit, dass der datenschutzrechtlichen Einwilligung aufgrund ihres Charakters als rechtsgeschäftlicher Erklärung[608] im Hinblick auf § 183 BGB konstitutive Wirkung zukomme.[609] Hierzu passt, dass sie zeitlich vor der datenschutzrechtlich relevanten Handlung erteilt werden muss.[610] Hinge die Wirksamkeit einer Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung nicht vom Vorliegen einer Einwilligung ab, weil auch eine Erlaubnisnorm bestehe, fehle es an diesem konstitutiven Element und die Einwilligung sei unwirksam.[611] Dem kann im Ergebnis gefolgt werden. Selbst wenn es der Einwilligung am konstitutiven Element fehlen würde, lägen ihre materiellen Voraussetzungen bei einer Täuschung des Betroffenen mangels ausreichender Information und Freiwilligkeit nicht vor, sodass die Einwilligung unwirksam wäre. Eine Anschlussfrage ist, ob in den Fällen, in denen die Einwilligung unwirksam ist, ein Rückgriff auf die Erlaubnisnorm gestattet ist.[612] Dies ist aus den bereits genannten Gründen abzulehnen, wenn dem Betroffenen der Eindruck vermittelt wurde, dass eine Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung nur bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung durchgeführt wird.[613] Die Einholung der

---

606 *Walz*, in: Simitis, § 4, Rn. 6; *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4, Rn. 4.

607 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 116.

608 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a, Rn. 8; *Gola/Schomerus*, § 4a, Rn. 2; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 20; a. A. *Schaffland/Wiltfang*, § 4a, Rn. 21; *Rogosch*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, S. 40.

609 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 115 f.

610 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a, Rn. 8.

611 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 116.

612 M. w. N. *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 136.

613 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 137; *Schaffland/Wiltfang*, § 4a, Rn. 1; *Hoeren*, in: Roßnagel, Teil 4.6., Rn. 5.

Einwilligung erlangt eine Funktion, wenn (1.) die Voraussetzungen der gesetzlichen Erlaubnisnorm nicht erfüllt sind oder (2.) die durch die Einwilligung eingeräumten Befugnisse über diejenigen, welche die gesetzliche Erlaubnisnorm vorsieht, hinausgehen. In diesen Fällen kann eine Einwilligung des Betroffenen zur Legitimierung einer Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung eingeholt werden. Sind die Voraussetzungen der Erlaubnisnorm nicht erfüllt (1.) ist jedoch eine vorsorglich eingeholte Einwilligung aus den eben genannten Gründen unwirksam.[614] Eine wirksame Einwilligung des Betroffenen kann – zeitlich gesehen – erst eingeholt werden, wenn feststeht, dass die Erlaubnisnorm mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen nicht eingreift. In jedem Fall ist die Einwilligung im Vorfeld der Durchführung der durch sie legitimierten Datenverwendung einzuholen.[615]

bb) Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

Das Datenschutzrecht bezweckt den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.[616] Nach der Rechtsprechung des BVerfG enthält dieses Grundrecht „die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“[617] Daraus folgt aber auch, dass Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen zulässig sind, wenn der Einzelne mit ihnen einverstanden ist, seine Einwilligung zu diesen erteilt hat.[618] Mit der Einwilligung des Betroffenen ist daher im Grunde die Erhebung und Verwendung aller denkbaren Datenarten zu allen denkbaren Zwecken – außer es steht zwingendes Recht wie etwa § 134 BGB oder § 307 BGB entgegen[619] – möglich. Im Rahmen des Scoring ist daher die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten, die für die Scorewertberechnung nicht zwingend erforderlich sind, mit Einwilligung des Betroffenen zulässig. Um zu verhindern, dass das Datenschutzrecht auf diesem

---

614 So auch *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 117.

615 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 4; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 4a, Rn. 32.

616 *Weichert*, in Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 1, Rn. 1.

617 BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

618 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 2a; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 2.

619 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 2.

Wege durch Unternehmen und öffentliche Stellen zu Lasten des Betroffenen ausgehöhlt wird, sind die Voraussetzungen gemäß § 4a BDSG an eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung zahlreich.[620] Es lässt sich zwischen formalen und inhaltlichen Voraussetzungen unterscheiden.[621]

(1) Formale Voraussetzungen

(a) Höchstpersönlichkeit und Einwilligungsfähigkeit

Die Abgabe der Einwilligung muss durch den Betroffenen höchstpersönlich erfolgen, d. h. es darf kein Bevollmächtigter zur Abgabe der Einwilligung eingeschaltet werden.[622] Die Höchstpersönlichkeit wird vom Gesetz zwar nicht ausdrücklich angeordnet, ergibt sich aber vor dem Hintergrund des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, das nur höchstpersönlich ausgeübt werden kann.[623] Ansonsten würde der in § 1 Abs. 1 BDSG niedergelegte Zweck des Bundesdatenschutzgesetzes gefährdet. Das Erfordernis der Höchstpersönlichkeit lässt sich außerdem aus der für die Auslegung des BDSG maßgeblichen europäischen Datenschutzrichtlinie[624] herleiten.[625] Sie verlangt in Art. 2 lit. h und Erwägungsgrund 30 DSRL ausdrücklich die Einwilligung der betroffenen Person. Bei der Stellvertretung wirkt eine abgegebene Erklärung zwar für und gegen den Vertretenen. Der Stellvertreter gibt aber eine eigene Willenserklärung ab, weshalb ihm auch ein gewisser Entscheidungsspielraum zur Verfügung stehen muss.[626] Die Zulassung der Stellvertretung[627] ist daher mit dem Schutzzweck des Datenschutzrechts nicht vereinbar. Sofern in Phase I des Scoring Daten nicht nur über den potentiellen Kunden eines (Kredit-)Unternehmens, sondern auch über dritte Personen erhoben und gespeichert werden, ist

---

620 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 2.

621 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 2.

622 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 6; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 30 f.; a. A. *Gola/Schomerus*, § 4a, Rn. 25.

623 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 30.

624 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 38, 34.

625 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 119.

626 *Spindler*, in: Spindler/Schuster, § 164 BGB, Rn. 2; *Valenthin*, in: Bamberger/Roth, § 164, Rn. 11.

627 *Gola/Schomerus*, § 4a, Rn. 25; *Kramer*, in: Auernhammer, § 4a, Rn. 19.

daher deren Einwilligung bei den jeweils Betroffenen persönlich einzuholen, sofern die Datenerhebungen und -speicherungen nicht ohnehin durch eine Erlaubnisnorm gerechtfertigt sind.[628] Obwohl die datenschutzrechtliche Einwilligung überwiegend als rechtsgeschäftliche Erklärung angesehen wird[629], besteht weitgehend Einigkeit, dass es für die Einwilligungsfähigkeit auf die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und nicht auf dessen Geschäftsfähigkeit ankommt[630]. Dies ist insbesondere bei der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten Minderjähriger relevant. Im Rahmen des Scoring wird die datenschutzrechtliche Einwilligung in aller Regel im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss abgegeben. Die Wirksamkeit dieses Vertrages hängt, anders als die Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung, von den allgemeinen Vorschriften der §§ 104 ff. BGB und damit von der Geschäftsfähigkeit der Vertragsparteien ab.

(b) Schriftform

Gemäß § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG bedarf die Einwilligung der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Die Anforderungen an die Schriftform einer Erklärung sind in § 126 BGB geregelt. Erforderlich ist die eigenhändige Unterzeichnung der schriftlich niedergelegten Erklärung durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens, § 126 Abs. 1 BGB. Formerfordernissen kommen in der Rechtsordnung unterschiedliche Bedeutungen zu.[631] Das Schriftformerfordernis für die datenschutzrechtliche Einwilligung soll in erster Linie den Betroffenen vor Übereilung schützen (Warnfunktion) und seine Information über die geplante/n Datenerhebung/en, -verarbeitung/en und -nutzung/en (Beratungs- und Belehrungsfunktion) sicherstellen.[632] Daneben erfüllt die Schriftform immer auch

---

628 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 119.

629 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a, Rn. 8; *Gola/Schomerus*, § 4a, Rn. 2; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 20; a. A. *Schaffland/Wiltfang*, § 4a, Rn. 21; *Rogosch*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, S. 40.

630 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a, Rn. 9; *Gola/Schomerus*, § 4a, Rn. 2a; *Schaffland/Wiltfang*, § 4a, Rn. 21; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 20; m. w. N.; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 4a, Rn. 29.

631 *Einsele*, in: MüKo, BGB; § 125, Rn. 8 ff.

632 *Einsele*, in: MüKo, BGB, § 125, Rn. 8; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 33.

eine Dokumentations- und Beweisfunktion[633], die im Rahmen der auf diesem Wege legitimierten Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen zum Zwecke des Scoring den verantwortlichen Stellen zugute kommt. Diese unterliegen der Kontrolle durch die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde.[634] Wird das Schriftformerfordernis nicht eingehalten, ist die Einwilligung nichtig[635] und die auf ihr beruhende Datenverwendung rechtswidrig.[636] Gemäß § 126 Abs. 3 BGB kann die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich ausschließt. Das BDSG sieht einen entsprechenden Ausschluss nicht vor, die elektronische Einwilligung ist daher zulässig.[637] Um die Identität des Erklärenden sicherzustellen und Betrug zu vermeiden, zeichnet sich die elektronische Einwilligung neben dem Namen des Ausstellers auch durch eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz (SigG) aus.[638] Mit der weitreichenden Anerkennung der elektronischen Form beabsichtigte der Gesetzgeber, das Gesetz zu modernisieren und an die Praxis der Nutzung der Informations- und Kommunikationstechnologien anzupassen.[639] Jedoch hat die qualifizierte elektronische Signatur nach dem SigG nicht den erwarteten Anklang gefunden, sodass sich die elektronische Form bei den Massengeschäften in der Praxis bisher nicht durchsetzen konnte.[640] Der Wortlaut des § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG sieht außerdem Ausnahmen von der Schriftform vor, wenn wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Ihrem Charakter als Ausnahme entsprechend ist diese Regelung restriktiv anzuwenden.[641] Es kann nicht darauf verzichtet werden, dass der Betroffene auf der Grundlage einer Information über die geplante Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung zweifelsfrei sein Einverständnis erteilt.[642] Eine mündliche, telefonische Einwilligung ist daher ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände (z. B. bei bereits bestehender Geschäftsbeziehung,

633 *Einsele*, in: MüKo, BGB; § 125, Rn. 9.

634 § 38 BDSG.

635 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a, Rn. 90.

636 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 35.

637 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 36.

638 *Einsele*, in: MüKo, BGB, § 126, Rn. 2.

639 *Einsele*, in: MüKo, BGB, § 126, Rn. 2.

640 *Kramer*, in: Auernhammer, § 4a, Rn. 25; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 4a, Rn. 34.

641 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 44.

642 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 43.

für die eine schriftliche Einwilligung vorliegt) möglich.[643] Besondere Umstände sind auch bei Online-Käufen anzunehmen.[644] Wenn der Nutzer seine Daten in eine Web-Maske einträgt, gestatten diese besonderen Umstände in der Regel auch eine papierlose Einwilligung.[645] Dem Schutz vor Übereilung (Warnfunktion) kann dabei durch eine Opt-In-Gestaltung, bei der der Nutzer ein Kästchen aktiv anklicken muss, entsprochen werden.[646] Die Einwilligung zu Datenerhebungen und -speicherungen sowie zur Durchführung der Bonitätsprüfungen mit den Daten kann daher im Online-Versandhandel auf diesem Weg eingeholt werden.[647] Die Zulässigkeit einer konkludenten Einwilligung durch schlüssiges Verhalten wird unterschiedlich beurteilt.[648] Lässt man eine mündliche Einwilligung zu, wird man auch die Erteilung des Einverständnisses durch eindeutiges Kopfnicken zulassen können.[649] Es kommt auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Die Fälle, in denen konkludentes Verhalten ausreicht, werden jedoch die Ausnahme darstellen. Eine stillschweigende oder mutmaßliche Einwilligung scheidet aus, da diese Formen nicht geeignet sind, das Einverständnis des Betroffenen zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen.[650]

(c) Hervorhebung

Gemäß § 4a Abs. 1 S. 4 BDSG ist die Einwilligung besonders hervorzuheben, wenn sie zusammen mit anderen schriftlichen Erklärungen abgegeben wird. Ansonsten läuft die Warnfunktion der Schriftform ins Leere.[651]

---

643 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a, Rn. 85, 87; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn.

644 *Kramer*, in: Auernhammer, § 4a, Rn. 36; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 4a, Rn. 35; *Born*, ZD 2015, 66 (70).

645 *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 4a, Rn. 35.

646 *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 4a, Rn. 35.

647 *Taeger*, BB 2007, 785 (790).

648 Befürwortend *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a, Rn. 85; ablehnend *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 44.

649 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a, Rn. 85.

650 *Kramer*, in: Auernhammer, § 4a, Rn. 38; so i. E. auch *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 44.

651 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 40.

(2) Inhaltliche Voraussetzungen

(a) Freiwilligkeit

Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht, § 4 Abs. 1 S. 1 BDSG. Die mit der Norm umgesetzte europäische Datenschutzrichtlinie[652] verlangt in Art. 2 lit. h, dass die Erteilung der Einwilligung ohne Zwang erfolgt.[653] Es ist somit entscheidend, dass der Betroffene die faktische Wahlmöglichkeit zwischen der Erteilung und Nichterteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung hat.[654] (Kredit-)Unternehmen, die Scorewerte einholen, sowie Wirtschaftsauskunfteien, die Scorewerte berechnen, haben ein Interesse an der ständigen Vergrößerung der hierzu verwendeten Datenbasis.[655] Je mehr Daten bei der Scorewertberechnung verwendet werden, desto mehr Aussagewert besitzt der errechnete Scorewert.[656] Durch die Einmeldung von Daten durch (Kredit-)Unternehmen bei Wirtschaftsauskunfteien erhöhen sich die Zugriffsmöglichkeiten, da bonitätsrelevante Daten und Scorewerte an alle Kunden einer Wirtschaftsauskunftei, die diese mit einem berechtigten Interesse anfragen, beauskunftet werden.[657] Gleichzeitig wächst für den Betroffenen die Gefahr von Persönlichkeitsrechtsverletzung durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten.[658] Ihm verbleibt lediglich die Ausübung seines Auskunftsrechts gemäß § 34 Abs. 1, 2 und 3 BDSG gegenüber jedem einzelnen Vertragspartner und jeder einzelnen Wirtschaftsauskunftei, um sich einen Überblick über die zu seiner Person gespeicherten Daten und die Stellen, die sie angefragt haben, zu verschaffen. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung des Scoring im Jahr 2010 mit § 28a BDSG einen Sondertatbestand geschaffen, der die Übermittlung personenbezogener, bonitätsrelevanter Daten an Wirtschaftsauskunfteien regelt.[659] Dabei hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Möglichkeit offen gelassen, die Übermittlung weiterer personenbezogener Da-

---

652 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995.

653 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 62.

654 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 62.

655 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 65.

656 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 24.

657 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 65.

658 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 65.

659 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 13.

ten an Wirtschaftsauskunfteien durch eine Einwilligung des Betroffenen zu regeln.[660] Die sog. *SCHUFA*-Klausel, welche sämtliche Klauseln beschreibt, mit denen sich (Kredit-)Unternehmen die Einwilligung ihrer (potentiellen) Kunden zur Übermittlung von deren Daten an Wirtschaftsauskunfteien einholen[661], ist daher durch die Neuregelung des Scoring im BDSG keineswegs abgeschafft worden. Sie ist darüber hinaus für die Befreiung der Kreditinstitute vom Bankgeheimnis unverzichtbar.[662] Probleme entstehen im Rahmen der Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen beim externen Scoring, wenn der Abschluss von (Kredit-)Verträgen davon abhängig gemacht wird, ob der Betroffene seine Einwilligung zur Übermittlung weiterer personenbezogener Daten an Wirtschaftsauskunfteien erteilt.[663] Bei Verträgen über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten besteht deshalb nach § 95 Abs. 5 TKG ein ausdrückliches Koppelungsverbot.[664] Danach darf die Erbringung von Telekommunikationsdiensten nicht von einer Einwilligung des Teilnehmers in eine Verwendung seiner Daten für andere Zwecke abhängig gemacht werden, wenn dem Teilnehmer ein anderer Zugang zu diesen Telekommunikationsdiensten ohne die Einwilligung nicht oder in nicht zumutbarer Weise möglich ist, § 95 Abs. 5 TKG.

Obwohl es für andere Vertragsarten an einer entsprechenden Norm fehlt, ist das Koppelungsverbot auf andere Bereiche auszuweiten.[665] Denn eine Koppelung würde in den Fällen, in denen ein Zugang zu der Leistung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist, in aller Regel einen Verstoß gegen die Freiwilligkeit der Einwilligung begründen. Die Einwilligung wäre demnach ohnehin unwirksam.[666] Ob ein Fall unzulässiger Koppelung gegeben ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. In vielen Fällen wird es alternative Wettbewerber geben, deren Inanspruchnahme dem Betroffenen zumutbar ist, die zwar Scoring durchführen, aber keine Koppelung verlangen. Dann besteht für den Betroffenen eine faktische Wahlmöglichkeit und die Freiwilligkeit der Einwilligung ist gegeben. Teilweise wird die Freiwilligkeit pauschal abgelehnt,

---

660 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 15.

661 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 126.

662 *Hilpert*, ZD 2015, 259 (260); *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 108.

663 *Gola/Schomerus*, § 4a, Rn. 20; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 63.

664 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a, Rn. 6; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 63.

665 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 63.

666 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 64.

wenn der Betroffene in die Übermittlung eines Negativmerkmals zu seiner Person einwilligen soll.[667] Dafür finden sich in der Gesetzesbegründung keine Anhaltspunkte.[668] Tatsächlich wird es wenige Fälle geben, in denen der Betroffene eine Übermittlung von Negativmerkmalen zu seiner Person befürwortet und freiwillig die Gefahr eingeht, dass ihm künftige Vertragsschlüsse erschwert oder verweigert werden. Im Hinblick darauf, dass Scoring auch geeignet ist, die (weitere) Überschuldung des Betroffenen zu verhindern[669], kann die Freiwilligkeit in diesen Fällen jedoch nicht pauschal ausgeschlossen werden.

(b) Informationspflicht

Es gilt der Maßstab der „informierten Einwilligung".[670] Gemäß § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG ist der Betroffene auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Begriffsbestimmung in Art. 2 lit. h der Europäischen Datenschutzrichtlinie[671] fordert, dass die Einwilligung für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt. Wird der Betroffene nicht ausreichend informiert, ist eine von ihm erklärte Einwilligung unwirksam.[672] Damit wird der Umfang der Informationspflicht vom Gesetz nicht konkret festgelegt.[673] Erforderlich ist jedenfalls, dass der Betroffene durch die Information eine Entscheidungsgrundlage erhält, auf der er die geplante Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung überblicken und beurteilen kann.[674] Für Datenerhebungen und -speicherungen durch (Kredit-)Unternehmen in Phase I des Scoring heißt das, dass der Betroffene sowohl über die Verwendung der Daten zum Zwecke der Vertragsdurchführung als auch über die Übermittlung an Wirtschaftsaus-

667 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 36.

668 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 15.

669 *Kamlah*, MMR 1999, 395 (396); *Rott/Terryn/Twigg-Flesner*, VuR 2011, 163 (166).

670 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 8; *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 44.

671 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 39.

672 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 10; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 76.

673 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 8.

674 *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 45.

kunfteien zum Zwecke der Bonitätsbewertung zu informieren ist.[675] Hierbei sind die Wirtschaftsauskunfteien, an welche die Daten übermittelt werden sollen, zu benennen.[676] Ferner ist der Betroffene auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen.[677] Das Gesetz macht die Pflicht zur Information über die Verweigerungsfolgen zwar von den besonderen Umständen des Einzelfalls abhängig.[678] In den Konstellationen im Rahmen des Scoring ist jedoch von dem Erfordernis dieser Belehrung auszugehen.[679] Ein Verzicht auf die Belehrung über die Verweigerungsfolgen ist praktisch nur in Ausnahmefällen anzunehmen, wenn diese Folgen evident sind.[680] Die Information in Allgemeinen Geschäftsbestimmungen (AGB) ist zulässig.[681] Diese müssen jedoch ihrerseits den gesetzlichen Anforderungen der §§ 305 ff. BGB genügen.[682]

(c) Bestimmtheit

Die Einwilligung muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein.[683] Sie muss so abgefasst sein, dass sich aus ihr zweifelsfrei entnehmen lässt, für welche Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen der Betroffene welche konkreten Daten freigibt.[684]

(d) Besondere Arten personenbezogener Daten

Sofern mit der Einwilligung zu der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung besonderer Arten personenbezogener Arten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG zugestimmt wird, muss sich die Einwilligung ausdrücklich auf diese Daten beziehen, § 4a Abs. 3 BDSG. Besondere Arten personenbezogener Daten sind An-

---

675 Vgl. *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 45; *Weichert*, DuD 2005, 582 (584).

676 Vgl. *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 45; *Weichert*, DuD 2005, 582 (584).

677 Vgl. *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 45.

678 Vgl. *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 45.

679 Vgl. *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 45.

680 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 9; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 75.

681 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 689.

682 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 689.

683 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 18; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 77; *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 49.

684 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 18; *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 77; *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 49.

gaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben, § 3 Abs. 9 BDSG. Eine eigene – zweite – Einwilligung nur für diese Daten fordert das Gesetz nicht. Ausreichend ist daher, wenn auf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser sensitiven Daten im Einwilligungstext ausdrücklich hingewiesen wird.[685] Die klarstellende Regelung zum Umfang der Information des Betroffenen ist dem vom Gesetzgeber beabsichtigten und bereits in der europäischen Datenschutzrichtlinie vorgegebenen besonderen Schutz sensitiver Daten geschuldet.[686] Aus der Regelung des § 4a Abs. 3 BDSG lässt sich daher nicht der Schluss ziehen, dass die Einwilligung in Bezug auf andere Datenarten auf deren ausdrückliche Nennung grundsätzlich verzichten kann.[687]

cc) Effektivitäts- und Effizienzanalyse

(1) Effektivität

Eine unerlässliche Voraussetzung zur Verhinderung unrichtiger, durch Wirtschaftsauskunfteien errechneter Scorewerte ist die Sicherstellung, dass die zur Berechnung verwendeten Daten richtig und aktuell sind. Erteilt der Betroffene selbst die wirksame Einwilligung zur Verwendung seiner Daten, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass die erhobenen und verarbeiteten Daten richtig und aktuell sind. Wegen des Maßstabs der informierten Einwilligung weiß der Betroffene, wer welche Daten zu seiner Person erhoben hat und verarbeitet. Dementsprechend weiß er, wem er nachträgliche Änderungen mitteilen sollte. Eine gesetzliche Pflicht zur Mitteilung besteht nicht. Diese kann und sollte aber vertraglich zwischen dem (Kredit-)Unternehmen und dem Betroffenen festgelegt werden. Das Auftreten unrichtiger und vor allem nicht aktueller Daten lässt sich daher auch mittels der Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht vollständig verhindern, aber zumindest eindämmen. Die Einwilligung ist deshalb im Vergleich zu den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen effek-

---

685 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 42; *Holznagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Teil 4.8, Rn. 50.

686 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 86.

687 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 87.

tiver bei der Verhinderung unrichtiger Scorewerte. Gleichzeitig kann die Art und die Menge der zulässigerweise erhobenen und verarbeiteten Daten bei Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung erheblich erweitert werden. Je mehr Daten bei der Scorewertberechnung verwendet werden, desto mehr Aussagewert besitzt der errechnete Scorewert.[688] Die Legitimierung der im Rahmen des externen Scoring vorgenommenen Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen durch eine Einwilligung ist daher auch geeignet, aussagekräftige Scorewerte effektiv zu gewährleisten. Demnach erscheint die Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung als das Allheilmittel zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte.
Allerdings sind die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung eng und eine Ausweitung der Legitimierung von Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsprozessen durch Einwilligungen würde bekannte Probleme bezüglich der Freiwilligkeit der Einwilligung zurückbringen.[689] An der Freiwilligkeit einer Einwilligung fehlt es nämlich regelmäßig, wenn der Vertragsschluss von ihrer Erteilung abhängig gemacht wird und dem Betroffenen keine zumutbaren Alternativen zum Erhalt der Leistung zur Verfügung stehen.[690] Mit der Novelle I des BDSG und der Einfügung spezieller Vorschriften zum Scoring wollte der Gesetzgeber gerade diese Rechtsunsicherheiten vermeiden.[691] Außerdem kann die Einwilligung vom Betroffenen jederzeit widerrufen werden, mit der Folge, dass die auf ihrer Grundlage erhobenen, verarbeiteten und genutzten Daten zu löschen sind.[692] Hinzu kommt, dass das Idealbild des aufgeklärten, wohlüberlegten Betroffenen in vielen Fällen nicht mit der Realität übereinstimmen wird. Der Betroffene ist in erster Linie an dem Vertragsabschluss interessiert und nicht an der beigefügten Erklärung zur Einwilligung in die Verwendung seiner personenbezogenen Daten.[693] In der Praxis sorgt die Einwilligung als Legitimationsgrundlage daher oftmals nicht für einen kontrollierten Datenumgang, sondern führt vielmehr zu einem unbegrenzten.[694] Nach alledem ist die Einwilli-

688 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 24.
689 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 9.
690 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 12.
691 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 12.
692 M. w. N. *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 35 f.
693 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 4.
694 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 4.

gung kein effektives Mittel, um das Auftreten unrichtiger Scorewerte zu verhindern und aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten.

(2) Effizienz

(a) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen

Stützen (Kredit-)Unternehmen Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen auf die Einwilligung des Betroffenen, ist damit ein nennenswerter Personal-, Kosten und Verwaltungsaufwand verbunden. Schließlich müssen die Einwilligungen den engen Anforderungen des § 4a BDSG genügen. Allerdings entsteht der Erstellungsaufwand im Grunde nur einmal. Eine einmal für einen Vorgang (z. B. Kreditvergabe) erstellte Einwilligungserklärung kann für eine Vielzahl von Fällen verwendet werden. Die Vorlage und Aufforderung des Kunden zur Unterzeichnung findet dann im Rahmen der Vertragsverhandlung statt, in der der Kunde ohnehin um eine Reihe von Angaben gebeten wird. Die Legitimierung der Datenerhebungen und -speicherungen zum Zwecke des Scoring erfordert somit nur einen geringen zusätzlichen Personal-, Kosten und Verwaltungsaufwand der (Kredit-)Unternehmen.

(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien

Für die Wirtschaftsauskunfteien ist diese Form der Legitimierung besonders effizient. Sie selbst haben keinerlei Personal-, Kosten- oder Verwaltungsaufwand und profitieren dennoch von den mittels Einwilligung erhobenen Daten, die an sie übermittelt und von ihnen zur Scorewertberechnung genutzt werden.

(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen

Im Grunde beschränkt sich der Aufwand des Betroffenen bei der Legitimierung durch eine datenschutzrechtliche Einwilligung auf deren Unterzeichnung. Der Betroffene wird in der Einwilligungserklärung über die (geplanten) Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen zu seiner Person sowie über die hierfür verantwortlichen Wirtschaftsauskunfteien informiert. Denn es gilt der Maßstab der informierten Einwilligung. Es liegt in der Hand des Betroffenen, diese

Informationen mit Sinn und Verstand nachzuvollziehen und die eigene Vertragsentscheidung gegebenenfalls zu hinterfragen. Dabei handelt es sich um einen Aufwand, der von einem einsichtsfähigen und in aller Regel geschäftsfähigen Betroffenen verlangt werden kann. Leider stellt sich die Praxis häufig so dar, dass der Betroffene mehr am Vertragsschluss als an der beigefügten datenschutzrechtlichen Einwilligung interessiert ist.[695] Dennoch ist die Legitimierung durch Einwilligung auch aus der Sicht des Betroffenen als effizient zu beurteilen, da es sich um einen zumutbaren Aufwand handelt.

dd) Zwischenergebnis zur Einwilligung

Die datenschutzrechtliche Einwilligung des Betroffenen kann Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen ebenso legitimieren wie eine Erlaubnisnorm, § 4 Abs. 1 BDSG.[696] Ihre formalen und inhaltlichen Voraussetzungen sind eng. In Bezug auf das Scoring entstehen beim extensiven Gebrauchmachen von der Einwilligungsmöglichkeit regelmäßig Zweifel an deren Freiwilligkeit. Denn diese ist nicht mehr gegeben, wenn der Vertragsschluss für den Betroffenen von der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung abhängig gemacht wird und der Betroffene die Leistung nicht zumutbar anderweitig beziehen kann. Die Zweifel an der Freiwilligkeit werden dadurch bestärkt, dass dem Betroffenen in der Praxis in erster Linie an dem Vertragsschluss gelegen ist und er der beigefügten datenschutzrechtlichen Erklärung daher oftmals wenig Beachtung schenkt. Obwohl die Einwilligung theoretisch geeignet ist, richtige und aktuelle Daten für die Einmeldung bei Wirtschaftsauskunfteien zu beschaffen und damit unrichtige Scorewerte zumindest einzudämmen, ist diese Legitimierungsform wegen ihrer praktischen Schwächen nicht geeignet zur effektiven Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte. Wenngleich der mit dieser Form der Legitimierung einhergehende Aufwand für alle beteiligten Akteure gering genug ist, um ihn als effizient zu beschreiben.

695 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 4.

696 *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 1.

3. Datenübermittlung an die Wirtschaftsauskunfteien (Phase II)

Die Berechnung des Scorewertes erfolgt beim externen Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien. In Phase II der Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen im Rahmen des Scoring werden bonitätsrelevante Daten von (Kredit-)Unternehmen an die Wirtschaftsauskunfteien weitergegeben. Datenschutzrechtlich handelt es sich dabei um eine Übermittlung personenbezogener Daten, die dem Verarbeitungsbegriff unterfällt, § 3 Abs. 4 S. 1, 2 Nr. 3 lit. a BDSG.[697] Ebenfalls in diese Phase fallen die Datenerhebungen durch die Wirtschaftsauskunfteien selbst.[698] Diese Phase wird daher auch als „Datenzufluss" an die Wirtschaftsauskunfteien bezeichnet.[699] Gemäß dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt[700] aus § 4 Abs. 1 BDSG sind die Datenerhebungen und -verarbeitungen nur zulässig, wenn eine Erlaubnisnorm besteht oder der Betroffene eingewilligt hat.

a) Erlaubnisnormen

Für die Datenübermittlung durch (Kredit-)Unternehmen an Wirtschaftsauskunfteien sind §§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 28a BDSG einschlägig. Die Zulässigkeit der Datenerhebungen durch Wirtschaftsauskunfteien selbst richtet sich nach § 29 Abs. 1 BDSG.

aa) § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG

Für die Übermittlung personenbezogener Daten zu Forderungen und von Bankdaten hat der Gesetzgeber mit § 28a BDSG eine spezielle Erlaubnisnorm geschaffen.[701] Die Weitergabe anderer Daten an Wirtschaftsauskunfteien richtet sich nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG.[702] Die bereits erörterte Erlaubnis-

---

697 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2015, Az.: I-16 U 41/14, BeckRS 2015, 05457, Rn. 17.

698 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 123.

699 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 129.

700 *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 4, Rn. 15.

701 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28a, Rn. 1; *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 2.

702 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28a, Rn. 15; *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28a, Rn. 9; *Wäßle/Heinemann*, CR 2010, 410 (414).

norm[703] lässt die Übermittlung personenbezogener Daten zu eigenen Geschäftszwecken zu, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist, und schutzwürdige Interessen des Betroffenen an dem Ausschluss der Übermittlung nicht überwiegen, § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG. Das berechtigte Interesse des scorewerteinholenden (Kredit-)Unternehmens besteht in der Risikoprävention.[704] Schutzwürdige Interessen des Betroffenen überwiegen nicht, da ein funktionierendes System, das richtige und aussagekräftige Scorewerte hervorbringt, im Interesse aller beteiligten Akteure, auch des Betroffenen, liegt.[705] Dementsprechend ist die Übermittlung von Daten an Wirtschaftsauskunfteien sogar dann durch § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG gedeckt, wenn es sich nicht nur um eine einmalige Übermittlung handelt, sondern der stetige Informationsaustausch zwischen (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunftei vertraglich geregelt ist.[706] Dieses sog. Reziprozitätsprinzip dient der Erweiterung der Informationsbasis von Wirtschaftsauskunfteien und mithin der Erhöhung der Aussagekraft von Scorewerten im Interesse aller Beteiligten.[707]

Kritisch anzumerken ist, dass das Gesetz weder eine Kontrolle der Datenqualität fordert[708] noch eine Nachberichtigungspflicht im Falle der Änderung bereits eingemeldeter Daten vorsieht. Außerdem sind die Datenarten, die übermittelt werden dürfen, nicht begrenzt. Letzteres kann für die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte jedoch sogar förderlich sein. Denn je mehr Daten bei der Scorewertberechnung verwendet werden, desto mehr Aussagewert besitzt der errechnete Scorewert.[709] Der Mangel an Kontrollpflichten hinsichtlich der Qualität der übermittelten Daten begründet jedoch die Ineffektivität der Vorschrift zur Verhinderung der Einmeldung unrichtiger und nicht aktueller Daten und damit zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte. Die Gefahr der Einmeldung unrichtiger und nicht aktueller Daten besteht zwar bei Daten, die direkt beim Betroffenen erhoben wurden, weniger als bei Daten aus allgemein zugänglichen Quellen. Sie wird jedoch in beiden Fällen durch die Erlaubnisnorm des

---

703 Siehe 2. Teil C. II. 3. a) bb).

704 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 117; *Taeger*, BB 2007, 785 (785).

705 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 120.

706 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 120.

707 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 120; *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 70.

708 *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 683.

709 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 24.

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG nicht effektiv reduziert. Effizient ist die Vorschrift hingegen zumindest aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien, denen im Vergleich zum Tagesgeschäft kein zusätzlicher Aufwand aufgebürdet wird. Der Betroffene hingegen ist auf die Ausübung seiner Rechte gegenüber (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien angewiesen, um das Vorliegen falscher oder nicht aktueller Daten zu seiner Person zu verhindern. Dies wird zusätzlich dadurch erschwert, dass keine Pflicht der (Kredit-)Unternehmen besteht, den Betroffenen darüber aufzuklären, an welche Wirtschaftsauskunfteien seine Daten übermittelt werden. Die Informationspflicht gemäß § 33 Abs. 1 BDSG verpflichtet (Kredit-)Unternehmen nur im Falle der erstmaligen Speicherung einer Datenart zur Information des Betroffenen. Die Benachrichtigung muss zwar auch die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung enthalten.[710] Die Zweckbestimmung i. S. d. § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG erfasst jedoch lediglich die geplante Übermittlung der Daten an Wirtschaftsauskunfteien zum Zwecke der Bonitätsprüfung und der dortigen Einspeicherung Das Erfordernis zur konkreten Benennung der Wirtschaftsauskunfteien lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Aus der Sicht des Betroffenen mangelt es der Vorschrift daher auch an Effizienz.

bb) § 28a BDSG

Es ist zwischen Abs. 1, der die Übermittlung forderungsbezogener Daten regelt, und Abs. 2, der die Übermittlung von Bankdaten zum Inhalt hat, zu unterscheiden.[711] In Abs. 3 ist außerdem eine Nachberichtigungspflicht für den Fall geregelt, dass sich eingemeldete Daten ändern.[712]

(1) Übermittlung bei säumiger Forderung, § 28a Abs. 1 BDSG

Gestattet ist die Übermittlung von Forderungsdaten an Wirtschaftsauskunfteien unter drei Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen. Die Vorschrift legt damit an die Einmeldung von Negativdaten strengere Maßstäbe an, als an

---

710 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 17.

711 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28a, Rn. 1 f.

712 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28a, Rn. 10.

die Einmeldung von Positivdaten gemäß Abs. 2.[713] Erstens muss die geschuldete Leistung trotz Fälligkeit nicht erbracht worden sein, § 28a Abs. 1 S. 1 BDSG. Die Art des der Forderung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts ist irrelevant, insbesondere muss es sich nicht um ein Kreditgeschäft handeln.[714] Zweitens muss die Übermittlung zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle oder eines Dritten erforderlich sein, § 28a Abs. 1 S. 1 BDSG. Für das berechtigte Interesse reicht ein wirtschaftliches Interesse aus.[715] Der Zweck des *SCHUFA*-Systems, die Vorleistung an Zahlungsunwillige oder -unfähige zu verhindern, ist grundsätzlich als berechtigtes Interesse anzuerkennen.[716] Auf das berechtigte Interesse des Forderungsinhabers kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes gerade nicht an.[717] Die Einmeldung muss einem berechtigten Interesse der übermittelnden oder der empfangenden Stelle dienen.[718] Daher ist die Einmeldung von Negativdaten auch durch Inkassounternehmen oder Anwälte zulässig, die nicht selbst Forderungsinhaber sind, sondern von diesen beauftragt wurden.[719] Der Kreis der Personen, die Forderungsdaten einmelden dürfen, ist somit groß. Wenn der Forderungsinhaber und von ihm beauftragte Inkassounternehmen oder Anwälte gleichermaßen einmelden dürfen, kann es zu Doppeleinmeldungen kommen.[720] Das berechtigte Interesse entfällt jedoch, wenn eine Datenübermittlung sachlich unrichtig ist.[721] Ein Fehlen der Benennung des Forderungsinhabers vermag die sachliche Unrichtigkeit einer Einmeldung nicht zu begründen.[722] Diese Angabe wird vom Gesetz nicht gefordert. Die Darlegungs- und Beweislast für die Unrichtigkeit der übermittelten Daten obliegt dem Betroffenen.[723] Drittens muss mindestens einer der in

---

713 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28a, Rn. 4.

714 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 25.

715 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 23.

716 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2015, Az.: I-16 U 41/14, BeckRS 2015, 05457, Rn. 21.

717 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2015, Az.: I-16 U 41/14, BeckRS 2015, 05457, Rn. 26.

718 *Gola/Schomerus*, § 28a, Rn. 7.

719 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2015, Az.: I-16 U 41/14, BeckRS 2015, 05457, Rn. 25; *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 15.

720 KG 07.03.2012, Az.: 26 U 65/11, VuR 2012, 367; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 24.

721 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2015, Az.: I-16 U 41/14, BeckRS 2015, 05457, Rn. 22.

722 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2015, Az.: I-16 U 41/14, BeckRS 2015, 05457, Rn. 25.

723 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2015, Az.: I-16 U 41/14, BeckRS 2015, 05457, Rn. 23.

§ 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 5 BDSG geregelten Tatbestände erfüllt sein.[724] Bei den Tatbeständen handelt es sich im Einzelnen um:

- Nr. 1: Das Feststehen der Forderung ist durch ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil anerkannt oder es liegt ein Schuldtitel nach § 794 ZPO vor,
- Nr. 2: Feststellung der Forderung nach § 178 InsO und kein Bestreiten des Schuldners im Prüfungstermin.

Das Bestreiten der Forderung im Prüfungstermin hat somit die datenschutzrechtliche Unzulässigkeit der Übermittlung der Informationen zu dieser Forderung an Wirtschaftsauskunfteien zur Folge.[725] Für das Insolvenzrecht hingegen hat der Widerspruch des Schuldners gegen die Forderung im Allgemeinen keinen Einfluss auf deren Feststellung.[726] Die praktische Schwierigkeit liegt daher darin, im insolvenzrechtlichen Prüfungstermin an das Bestreiten der Forderung zu denken, um die Einmeldung der mit ihr zusammenhängenden Informationen bei Auskunfteien zu verhindern. Dass ein Bestreiten im Prüfungstermin, nicht jedoch im schriftlichen Verfahren, ausreichend ist, leuchte nicht ein.[727] Gemäß § 178 Abs. 1 BDSG kommt es für die Feststellung einer Forderung darauf an, dass ihr weder im Prüfungstermin noch im schriftlichen Verfahren vom Insolvenzverwalter oder Insolvenzgläubiger widersprochen wurde. Ist nun im Datenschutzrecht das Nichtbestreiten des Schuldners Übermittlungsvoraussetzung nach § 28a Abs. 1 Nr. 2 BDSG, überzeugt die Beschränkung des Bestreitens auf den Prüfungstermin nicht.[728] Der Gesetzeswortlaut setzt einer extensiven Auslegung hier jedoch klare Grenzen, nur das Bestreiten im Prüfungstermin kann eine Datenübermittlung verhindern.

- Nr. 3: Die Forderung wird von dem Betroffenen ausdrücklich anerkannt, Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn der Betroffene die Forderung ausdrücklich anerkennt und trotzdem nicht begleicht.[729] Nicht erfasst sind die Fälle, in denen der Schuldner die Forderung aufgrund des Bestehens

---

724 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28a, Rn. 11.

725 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 38.

726 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 38.

727 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (364).

728 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (364).

729 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28a, Rn. 6.

von Einwendungen oder Einreden nicht begleicht, hier entfällt das Gläubigerinteresse an der Übermittlung[730]

- Nr. 4: Der Betroffene ist nach Fälligkeit der Forderung mindestens zweimal schriftlich gemahnt worden (lit. a), zwischen der ersten Mahnung und der Einmeldung liegen mindestens vier Wochen (lit. b), der Betroffene ist rechtzeitig, jedoch frühestens bei der ersten Mahnung, über die bevorstehende Einmeldung informiert worden (lit. c) und er hat das Bestehen der Forderung nicht bestritten (lit. d).

Mit der Forderung zweier schriftlicher Mahnungen nach Fälligkeit geht das BDSG deutlich über die zivilrechtlichen Verzugsvoraussetzungen nach § 286 Abs. 1 und 2 BGB hinaus.[731] *Helfrich* spricht vom „datenschutzrechtlichen System" im Unterschied zum „zivilrechtlichen System".[732] Die Funktionen der geforderten Schriftform der Mahnung im Sinne des § 126 BGB sind die Warnung des Betroffenen und die Beweissicherung durch die einmeldende Stelle.[733] Der Betroffene ist rechtzeitig über die geplante Einmeldung zu unterrichten.[734] Die Unterrichtung kann, muss aber nicht mit den Mahnungen zusammen ergehen, zeitlich kann sie jedoch nicht vor der ersten Mahnung erfolgen.[735] Eine Unterrichtung in AGB scheidet aus.[736] In der Unterrichtung müssen die Forderung, auf die sich die Daten beziehen, und der Zeitpunkt der Übermittlung genannt werden.[737] Aus systematischen Gründen reicht eine Information über die Art der Daten, die übermittelt werden sollen, und die Kategorien der Empfänger, an die sie übermittelt werden, aus, ihre konkrete Identifikation ist nicht erforderlich.[738] Denn auch §§ 4 Abs. 3, 33 Abs. 1, 34 Abs. 1, 4 Nr. 3 BDSG fordern eine Benachrichtigung bzw. Auskunft nur über Datenarten und Kategorien von Empfängern.[739] Für die Rechtzeitigkeit der Unterrichtung

730 BT-Drucks. 16/10529 , 10.10.2008, S. 14.

731 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28a, Rn. 31.

732 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 153.

733 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 140.

734 § 28a Abs. 1 Nr. 4 lit. c BDSG.

735 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 60.

736 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 60.

737 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 61.

738 *Mackenthun*, in Taeger/Gabel, § 28a, Rn. 20; a. A. *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 61; *Ressmann/Serr*, NJOZ 2013, 481 (482).

739 *Mackenthun*, in Taeger/Gabel, § 28a, Rn. 20.

werden Zeiträume zwischen sieben[740] und zehn Tagen[741] zwischen Unterrichtung und Einmeldung für ausreichend erachtet. Die rechtzeitige Unterrichtung bezweckt, dem Betroffenen die Gelegenheit zu geben, die Forderung zu begleichen oder zu bestreiten.[742]

In diesem Zusammenhang tauchen in der Praxis immer wieder Fälle auf, in denen gewerbliche Anbieter mit *SCHUFA*-Einträgen drohen.[743] Diese Drohungen sind nicht von der Unterrichtungspflicht des § 28a Abs. 1 Nr. 4 lit. c BDSG gedeckt, wenn nicht gleichzeitig in für einen juristischen Laien verständlicher Formulierung darauf hingewiesen wird, dass das Nichtbestreiten der Forderung durch den Betroffenen ebenfalls Übermittlungsvoraussetzung ist.[744] Die Unterrichtung darf daher nicht verschleiern, dass der Betroffene durch einfaches Bestreiten der Forderung die Einmeldung verhindern kann.[745] Das Bestreiten kann gegenüber dem Forderungsinhaber, der einmeldenden Stelle oder der Auskunftei erklärt werden.[746] Eine Begründung wird vom Gesetz nicht gefordert.[747] Allerdings lässt der Gesetzgeber ein Bestreiten aus treuwidrigen Gründen nicht zu[748], sodass eine substantiierte Erklärung zu fordern ist[749]. Auch wenn der Forderungsinhaber, die einmeldende Stelle oder die Auskunftei das Bestreiten für unbegründet hält, führt es zur Unzulässigkeit der Übermittlung an die Wirtschaftsauskunftei.[750] Eigentlich gewährt § 28a Abs. 1 Nr. 4 BDSG dem Betroffenen damit eine reale Handlungsmöglichkeit zur Verhinderung der Einmeldung von Negativmerkmalen. Es entspricht jedoch nicht der Lebensrealität, dass Schuldner jede gegen sie geltend gemachte Forderung gründlich prüfen und im Zweifelsfall bestreiten.[751]

---

740 *Gola/Schomerus*, § 28a, Rn. 9; *Kramer*, in: Auernhammer, § 28a, Rn. 21.

741 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28a, Rn. 29.

742 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 14.

743 OLG Celle, Urt. v. 19.12.2013, Az.:13 U 64/13, NJOZ 2014, 1620 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.7.2013, Az.: I-20 U 102/12, GRUR-RR 2013, 513 ff.

744 OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.7.2013, Az.: I-20 U 102/12, GRUR-RR 2013, 513 (514).

745 BGH, Urt. v. 19.3.2015, Az.: I ZR 157/13, GRUR 2015, 1134 (1135).

746 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 68.

747 So auch *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 46.

748 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 14.

749 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28a, Rn. 30; *Kramer*, in: Auernhammer, § 28a, Rn. 23; *Kamlah*, in: Plath, § 28a, Rn. 34.

750 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28a, Rn. 30; *Kamlah*, in: Plath, § 28a, Rn. 34.

751 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 49.

Uneinigkeit besteht über den Zeitpunkt, bis zu dem das Bestreiten der Forderung möglich ist. Teilweise wird angenommen, dass das Bestreiten jederzeit, das heißt auch noch nach der Einmeldung der Forderungsdaten an eine Auskunftei, möglich ist.[752] Dieser Rechtssicht steht jedoch der Sinn und Zweck der in der Vorschrift genannten Fristen entgegen.[753] Es leuchtet nicht ein, warum der Gesetzgeber für die Zeit zwischen der ersten Mahnung und der Einmeldung eine Frist von vier Wochen festlegt[754] und eine rechtzeitige Unterrichtung vor der Übermittlung fordert[755], wenn der Zeitraum für das Bestreiten der Forderung nicht durch den Zeitpunkt der Einmeldung begrenzt wäre. Lässt man das Bestreiten zeitlich unbegrenzt zu, wäre § 28a Abs. 1 Nr. 4 BDSG als Widerspruchsrecht zu verstehen. Diese Rechtssicht wird jedoch weder durch den Gesetzeswortlaut noch durch die Gesetzesbegründung gestützt. Das Bestreiten ist daher nur bis zur Einmeldung der Forderungsdaten bei einer Auskunftei möglich.[756] Nach der Einmeldung kann der Betroffene lediglich das Vorliegen der Übermittlungsvoraussetzungen des § 28a Abs. 1 Nr. 4 BDSG im Zeitpunkt der Einmeldung bestreiten, woraufhin die Wirtschaftsauskunftei eine Überprüfung durchführen muss.[757] Für die Zeit der Überprüfung dürfen die Forderungsdaten durch die Wirtschaftsauskunftei nicht verwendet oder beauskunftet werden. Dies ist wegen vergleichbarer Interessenlage und planwidriger Regelungslücke analog § 35 Abs. 4 BDSG zu folgern. Auch die Tatsache, dass Daten zu dem Betroffenen gesperrt sind, darf nicht verwendet oder beauskunftet werden, § 35 Abs. 4a BDSG. Nach der Überprüfung sind die Daten entsprechend des Untersuchungsergebnisses zu löschen, § 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG, oder können wieder freigegeben werden. Im Falle des rechtzeitigen Bestreitens ist eine Einmeldung der Forderungsdaten erst nach der gerichtlichen Feststellung des Bestehens der Forderung, also unter den Übermittlungsvoraussetzungen des § 28a Abs. 1 Nr. 1 BDSG, zulässig.[758]

- Nr. 5: Die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses liegen aufgrund von Zahlungsrückständen vor und die ver-

---

752 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 68; *Krämer*, NJW 2012, 3201 (3204).

753 Vgl. BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 14.

754 § 28a, Abs. 1 Nr. 4 lit. b BDSG.

755 § 28a Abs. 1 Nr. 4 lit. c BDSG.

756 So auch *Bermann/Möhrle/Herb*, § 28a, Rn. 30; *Kamlah*, in: Plath, § 28a, Rn. 33.

757 *Kamlah*, in: Plath, § 28a, Rn. 33.

758 *Bermann/Möhrle/Herb*, § 28a, Rn. 30.

antwortliche Stelle hat den Betroffenen über die bevorstehende Einmeldung informiert.

Der Tatbestand bezieht sich auf Dauerschuldverhältnisse, da nur hierbei eine fristlose Kündigung möglich ist.[759] Überraschend ist, dass der Gesetzgeber das Nichtbestreiten durch den Betroffenen für Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen nicht als Übermittlungsvoraussetzung vorsieht. Sofern gegen den Betroffenen Forderungen aus einem objektiv nicht bestehenden Dauerschuldverhältnis geltend gemacht werden und dieser nicht zahlt, kann dies zu einem falschen Auskunfteien-Eintrag zu Lasten des Betroffenen führen. Auch ein Bestreiten des Betroffenen würde dies nicht verhindern, wenn der angebliche Forderungsinhaber das Vorliegen der zur fristlosen Kündigung berechtigenden Zahlungsrückstände und die vom Gesetz geforderte Unterrichtung über die beabsichtigte Übermittlung behauptet.

(2) Effektivitäts- und Effizienzanalyse

(a) Effektivität

Die Vorschrift des § 28a Abs. 1 BDSG ist im Wege der BDSG-Novelle I speziell zur Regelung des externen Scoring in das BDSG eingefügt worden. Festgelegt werden die Voraussetzungen, unter denen Forderungsdaten, zu einer fälligen aber nicht erbrachten Forderung bei Wirtschaftsauskunfteien eingemeldet werden dürfen.[760] Dadurch soll Rechtssicherheit für die Einmeldung von Negativdaten bei Wirtschaftsauskunfteien geschaffen werden.[761] Die nach altem Recht und von der europäischen Datenschutzrichtlinie geforderte Interessenabwägung soll durch eine konkrete Regelung abgelöst werden.[762] Die Regelung führt für Negativdaten enge Vorgaben ein, unter welchen sie an Wirtschaftsauskunfteien übermittelt werden dürfen. Konkrete Pflichten zur Überprüfung der Datenqualität durch das einmeldende (Kredit-)Unternehmen oder die empfangende Wirtschaftsauskunftei werden hingegen nicht festgelegt.

---

759 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 72; Krämer, NJW 2012, 3201 (3204).

760 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 11.

761 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 1.

762 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 12.

Dennoch ist die Vorschrift einigermaßen effektiv, die Einmeldung unrichtiger oder nicht mehr aktueller Daten an Wirtschaftsauskunfteien zu vermeiden. Dies begründen die in § 28a Abs. 1 Nr. 1 bis 5 BDSG abschließend aufgeführten Tatbestände, von denen für eine Übermittlung mindestens einer erfüllt sein muss. Ist eine Forderung durch rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares Urteil festgestellt oder ein Schuldtitel gemäß § 794 ZPO vorhanden (Nr. 1), ist davon auszugehen, dass es sich um richtige und aktuelle Daten zu der Forderung handelt. Dies ist auf die staatliche Beteiligung und das mangelnde Entgegentreten des Schuldners trotz vorhandener Möglichkeit zurückzuführen. Gleiches gilt für eine nach § 178 InsO festgestellte und vom Schuldner im Prüfungstermin nicht bestrittene Forderung (Nr. 2), wenngleich die Möglichkeit des Bestreitens durch den Schuldner dringend auch auf das schriftliche Verfahren ausgeweitet werden sollte.

Von der Richtigkeit und Aktualität der Daten im Zeitpunkt der Einmeldung ist auch auszugehen, wenn der Betroffene die Forderung ausdrücklich anerkannt hat (Nr. 3). Einfallstor für die Einmeldung unrichtiger oder nicht aktueller Daten sind jedoch die Tatbestände Nr. 4 und Nr. 5. Bei Nr. 4 ist dies der Fall, da Betroffene in der Praxis oftmals nicht tätig werden, um unberechtigte Forderungen zu bestreiten. Häufig werden diese beglichen, um das Problem aus der Welt zu schaffen,[763] oder unbeachtet gelassen, da der Betroffene sich im Recht fühlt, wenn er auf eine unberechtigte Forderung hin untätig bleibt. Betroffene werden in ihrem Untätigbleiben auch dadurch bestärkt, dass Verbraucherzentralen Betroffenen etwa für den Umgang mit *Fake*-Rechnungen per E-Mail raten, die Nachrichten zu löschen und keinesfalls darauf zu reagieren.[764] Die Pflicht der (Kredit-)Unternehmen zur Information des Betroffenen über das Nichtbestreiten der Forderung als Voraussetzung für die Einmeldung von Forderungsdaten scheint daher in vielen Fällen ihr Ziel zu verfehlen. Bei Nr. 5 hingegen ist das Nichtbestreiten der Forderung durch den Betroffenen gar keine Übermittlungsvoraussetzung, sodass es noch schneller zur Einmeldung von Forderungsdaten zu objektiv nicht bestehenden Forderungen kommen kann. Dem Betroffenen bleibt dann nur eine Geltendmachung seiner Betroffenenrechte, insbesondere aus § 35 BDSG.

---

763 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 49.

764 http://www.spiegel.de/netzwelt/web/gefaelschte-rechnungen-von-telekom-und-vodafone-sind-im-umlauf-a-979696.html (zuletzt abgerufen am 3.1.2016).

Die speziell für das externe Scoring in das BDSG eingefügte Vorschrift des § 28a BDSG trifft somit schon einige Regelungen, um die Einmeldung unrichtiger und nicht mehr aktueller Daten zu verhindern. Es bestehen aber insbesondere bei den Tatbeständen Nr. 4 und 5 gewaltige Schutzlücken. Die Vorschrift verhindert unrichtige Scorewerte daher nicht effektiv. Die Förderung und Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte hingegen kann durch die Vorschrift gelingen. Insbesondere Negativinformationen sind für potentielle Kreditgeber relevant. Würde die Vorschrift die Richtigkeit und Aktualität dieser Daten gewährleisten, wäre die konkrete Regelung der Übermittlungsvoraussetzungen für Negativdaten, wie § 28a Abs. 1 BDSG sie vorsieht, zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte effektiv.

Eine Hauptursache unrichtiger Scorewerte ist die mangelnde Aktualität der zur Berechnung verwendeten Daten.[765] Selbst wenn diese im Zeitpunkt der Einmeldung richtig und aktuell waren, können unrichtige Scorewerte nur verhindert werden, wenn ihre Richtigkeit und Aktualität auch während der Speicherungszeit durch die Wirtschaftsauskunfteien gewährleistet wird. Die Wirtschaftsauskunfteien selbst erhalten jedoch, mangels Einblick in das Rechtsverhältnis zwischen (Kredit-)Unternehmen und dem Betroffenen, keine Kenntnis von diesbezüglichen Änderungen. Dieses Problem hat auch der Gesetzgeber erkannt und in § 28a Abs. 3 BDSG eine Nachberichtspflicht für die einmeldende Stelle festgelegt.[766] Die Nichteinhaltung kann gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 4a, Abs. 3 BDSG mit einer Geldbuße bis zu 50 000 Euro geahndet werden und stellt eine Ordnungswidrigkeit dar. Die Tatsache, dass es dennoch zum Vorliegen veralteter Daten bei Wirtschaftsauskunfteien kommt, zeigt, dass es an der Durchsetzbarkeit der Vorschrift und vor allem an abschreckenden Sanktionen für Verstöße fehlt. Die Nachberichtspflicht an sich ist jedoch eine effektive Regelung zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte, wenn sie denn eingehalten wird.

---

765 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 101.

766 Siehe 2. Teil C. II. 3.a) bb) (5).

(b) Effizienz

(aa) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen

(Kredit-)Unternehmen dürfen Negativdaten nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 BDSG bei Wirtschaftsauskunfteien einmelden. In den meisten Fällen müssen diese Einmeldungsvoraussetzungen erst einmal geschaffen werden, was mit Personal-, Finanz- und Verwaltungsaufwand für die (Kredit-)Unternehmen verbunden ist. Insbesondere die Informationspflichten gegenüber dem Betroffenen über die bevorstehenden Einmeldungen und die Erfüllung der Nachberichtspflicht stellen zusätzlichen Aufwand für die einmeldenden (Kredit-)Unternehmen dar. Dennoch ist die Vorschrift des § 28a Abs. 1 BDSG nicht geeignet, unrichtige Scorewerte effektiv zu verhindern. Dies liegt jedoch auch an den fragwürdigen Einmeldungen einiger *schwarzer Schafe* unter den (Kredit-)Unternehmen, die objektiv nicht bestehende Forderungen einmelden. Erforderlich ist eine Ausgestaltung des Regelungsrahmens, die die Einmeldung solcher falscher Forderungsdaten verhindert. Erst wenn dieser besteht, kann der enorme Aufwand, der aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen für die Einmeldung von Forderungsdaten besteht, als effizient bezeichnet werden.

(bb) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien

Den Wirtschaftsauskunfteien legt lediglich § 28a Abs. 3 S. 2 BDSG die Pflicht zur Benachrichtigung der einmeldenden Stelle über die Löschung der ursprünglich übermittelten Daten auf. Ein Untätigbleiben der Wirtschaftsauskunfteien stellt jedoch keine Ordnungswidrigkeit i. S. d. § 43 BDSG dar und ist auch nicht bußgeldbewehrt. Die Information über die Löschung der Daten ist für die Verhinderung unrichtiger Scorewerte nicht von Bedeutung, hierfür kommt es nur auf die Vornahme der Löschung selbst an. Die Unterrichtungspflicht für die Wirtschaftsauskunfteien kann daher durchaus als ineffizient beschrieben werden. Der hierfür erforderlich Aufwand sollte besser an anderer Stelle zur effektiven Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte eingesetzt werden. Im Übrigen werden die Wirtschaftsauskunfteien durch § 28a Abs. 1 BDSG nicht verpflichtet. Sie profitieren aber von den Daten, deren Einmeldung die Vorschrift erlaubt. Abgesehen von der Unterrichtungspflicht ist die Vorschrift für die Wirtschaftsauskunfteien daher effizient.

(cc) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen

Der Betroffene wird durch § 28a Abs. 1 Nr. 4 BDSG auf das Bestreiten einer gegen ihn geltend gemachten unberechtigten Forderung verwiesen. Im Falle der Nr. 5 wird ihm diese Möglichkeit hingegen nicht gewährt. Der Betroffene kann gegen unberechtigt eingemeldete Negativdaten zu Dauerschuldverhältnissen daher nur repressiv mittels seiner Betroffenenrechte auf Berichtigung und Unterlassung vorgehen und muss dies tun, will er unrichtige Scorewerte vermeiden. Aus der Sicht des Betroffenen ist die Regelung daher nicht effizient.

(3) Übermittlung von Positivdaten durch Kreditinstitute, § 28a Abs. 2 BDSG

Über die Berechtigungen gemäß § 28a Abs. 1 BDSG hinaus dürfen Kreditinstitute personenbezogene Daten über Bankgeschäfte nach § 28a Abs. 2 BDSG an Wirtschaftsauskunfteien übermitteln[767], wenn nicht das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Übermittlung gegenüber dem Interesse der Auskunftei an der Kenntnis der Daten offensichtlich überwiegt. Mit der Vorschrift beabsichtigt der Gesetzgeber, die vorherige Situation zu ändern, als Bankgeschäfte von der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung des Betroffenen zum Scoring abhängig gemacht wurden, weshalb die Wirksamkeit der Einwilligung im Hinblick auf das Erfordernis der Freiwilligkeit zweifelhaft war.[768] Kreditinstitute sind gemäß § 25a KWG zu einem nachhaltigen Risikomanagement verpflichtet, das ihnen auch möglich sein soll.[769]
Unter die in § 28a Abs. 2 BDSG mit Verweis auf das KWG genannten Bankgeschäfte fallen „Kreditgeschäfte", „Garantiegeschäfte" und „Girogeschäfte".[770] Die Girogeschäfte sind seit dem 31.10.2009 nicht mehr in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 KWG geregelt, waren aber zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens zur Schaffung von § 28a Abs. 2 BDSG der Bezugspunkt und sollen es daher bei historischer und teleologischer Auslegung auch weiterhin sein. Eine gesetzgeberische Klarstellung ist hier jedoch wünschenswert.[771] Die Übermittlungsbefugnis erstreckt sich auf personenbezogene Daten über die Begründung, ord-

---

767 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 78.

768 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 80.

769 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 80.

770 *Gola/Schomerus*, § 28a, Rn. 12; *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 81.

771 Unterrichtung des Deutschen Bundestags durch den BfDI zu dessen 23. Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drucks. 17/5200, 12.4.2011, S. 116.

nungsgemäße Durchführung und Beendigung eines Vertragsverhältnisses, § 28a Abs. 2 S. 1 BDSG. Die Vorschrift erlaubt somit die Einmeldung von Positivdaten durch Kreditinstitute an Auskunfteien.[772] Darunter fallen jedoch keine inhaltlichen Daten des Vertrages wie das Einkommen des Betroffenen.[773]
Die Erlaubnisnorm erfasst auch nicht Girogeschäfte auf Guthabenbasis, § 28a Abs. 2 S. 3 BDSG, sodass für die Einmeldung der Daten aus diesen Geschäften die Einholung einer Einwilligung erforderlich bleibt.[774] Dass die Einmeldung eines Girokontos auf Guthabenbasis ausgeschlossen wird, leuchtet nicht ein. Die Tatsache, dass der Betroffene überhaupt ein (weiteres) Girokonto besitzt, ist für eine an Verbindlichkeiten orientierte Bonitätsprüfung durchaus relevant und kann sich sogar positiv auf den errechneten Scorewert auswirken.[775] Teilweise wird sogar angenommen, dass für diese Fälle die Möglichkeit der Einholung einer Einwilligung versperrt ist.[776] Hierfür bietet der Gesetzeswortlaut jedoch keine Anhaltspunkte.[777] Auch in der Gesetzesbegründung wird die Möglichkeit der Legitimierung durch eine Einwilligung nicht ausgeschlossen.[778] Eine Einwilligung, welche die Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 4a BDSG erfüllt, ist daher weiterhin zulässig.
Zweck der Einmeldung muss die „zukünftige Übermittlung nach § 29 Abs. 2 BDSG“ durch die Wirtschaftsauskunfteien sein.[779] Das bedeutet, dass die Einmeldung von Positivdaten zu Bankgeschäften zum Zwecke der späteren Erteilung von Bonitätsauskünften durch die Wirtschaftsauskunfteien erfolgen muss. Über die Einmeldung ist der Betroffene bei Vertragsschluss zu unterrichten.[780]
Gemäß Satz 4 ist die Übermittlung von Kreditkonditionenanfragen an Auskunfteien zu Zwecken der Übermittlung nach § 29 Abs. 2 BDSG –selbst mit Einwilligung des Betroffenen – unzulässig. Durch diese Regelung will der Gesetzgeber die Praxis der Wirtschaftsauskunfteien, bloße Kreditkonditionenanfragen in der Scorewertberechnung negativ zu berücksichtigen, unterbinden.[781] Der

---

772 *Kramer*, in: Auernhammer, § 28a, Rn. 25.
773 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 15.
774 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (365).
775 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 93.
776 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 94.
777 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (365).
778 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 15.
779 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 83.
780 § 28a Abs. 2 S. 2 BDSG.
781 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 15.

Ausschluss der Möglichkeit zur Erteilung einer Einwilligung greift in das Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung ein.[782] Außerdem steht er dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Privatautonomie entgegen.[783] Er ist daher abzulehnen.[784] Außerdem ist für (potentielle) Gläubiger die Einmeldung von Kreditkonditionenanfragen durchaus von Interesse, um eigene Auskunftskosten zu sparen.[785] Wenn sich bei einer Bonitätsanfrage herausstellt, dass der Bankkunde ständig Konditionenanfragen stellt, ohne dass es zu einem Geschäftsabschluss kommt, kann auf eine Antwort an den Betroffenen verzichtet werden und die Kosten hierfür könnten eingespart werden.[786] Zulässig bleibt die Übermittlung zur Bonitätsauskunft für die konkrete Kreditkonditionenanfrage.[787] Die Daten dürfen von der Wirtschaftsauskunftei jedoch nicht weiter verwendet werden.[788]

(4) Effektivitäts- und Effizienzanalyse

(a) Effektivität

Die Vorschrift sieht für Kreditinstitute erleichterte Bedingungen zur Einmeldung von Positivdaten, die sich auf Bankgeschäfte beziehen, vor. Die Daten zu Kredit-, Garantie- und Girogeschäften zwischen den Kreditinstituten und dem Betroffenen werden in aller Regel im Zeitpunkt der Einmeldung richtig und aktuell sein. Schließlich handelt es sich um Daten zu laufenden Geschäften der Kreditinstitute, an deren Richtigkeit und Aktualität diesen sehr gelegen ist. Außerdem sind die Daten direkt beim Betroffenen erhoben worden oder durch Vertragsabschlüsse mit diesem entstanden. Denkbar ist in Ausnahmefällen zwar auch die Einmeldung objektiv nicht bestehender Forderungen durch Kreditinstitute. Da diese jedoch gesetzlich zum Risikomanagement verpflichtet

---

782 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 97; *Kamlah*, in: Plath, § 28a, Rn. 65; *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28a, Rn. 38.

783 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (365).

784 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 97; *Kamlah*, in: Plath, § 28a, Rn. 65; *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28a, Rn. 38.

785 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 97.

786 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 97.

787 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 96.

788 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 96.

sind und außerdem der Finanzaufsicht unterstehen, werden solche Fälle viel seltener auftreten als bei anderen Unternehmen. Dies liegt auch darin begründet, dass Kreditinstitute oftmals mit beträchtlichen Beträgen in Vorleistung gehen und daher noch mehr als andere Unternehmen an einem funktionierenden Bonitätsauskunftssystem interessiert sind. Dieses durch eigene Falscheinmeldungen zu gefährden, wäre kontraproduktiv. Der Verzicht auf eine Prüfungspflicht hinsichtlich der Datenqualität in § 28a Abs. 2 BDSG führt daher im Gegensatz zur Situation bei anderen Erlaubnisnormen nicht zu einem vermehrten Auftreten von Einmeldungen unrichtiger oder nicht aktueller Daten. Die Vorschrift verhindert somit effektiv das Auftreten unrichtiger Scorewerte. Bei nachträglichen Änderungen der eingemeldeten Daten gilt die Nachberichtspflicht gemäß § 28a Abs. 3 BDSG, sodass auch hier eine in der Theorie effektive Regelung besteht. Leider scheint diese Pflicht in der Praxis regelmäßig nicht wahrgenommen zu werden. Außerdem werden Datenschutzverstöße von den personell unterbesetzten Landesdatenschutzbehörden oftmals nicht geahndet.[789] Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, *Caspar*, gibt an, dass seine Behörde mit 16,7 festen Stellen für die Kontrolle von mehr als 160.000 Unternehmen, allein im nicht-öffentlichen Bereich, zuständig sei.[790] Die Durchsetzung der Nachberichtspflicht ist daher noch nicht effektiv sichergestellt.

Hinsichtlich der Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte könnte die Effektivität der Erlaubnisnorm des § 28a Abs. 2 BDSG noch verbessert werden. Die Einmeldung der Girokonten auf Guthabenbasis und der Kreditkonditionenanfragen sollte gestattet werden. Negativ fließen diese Daten in die Scorewertberechnung nur ein, wenn ihnen statistisch gesehen eine negative Aussage über die Bonität einer Privatperson oder eines Unternehmens zu entnehmen ist.[791] Diese statistischen Zusammenhänge in einem Zahlenwert auszudrücken, der die Bonität wiedergibt, ist Ziel des Scoring. Eine negative Beeinflussung der Scorewertberechnung durch eingemeldete Kreditkonditionenanfragen oder Girokonten auf Guthabenbasis zu verhindern, ist daher eine rein rechtspolitische Entscheidung. Hierfür bedarf es jedoch nicht eines Verbots der Einmeldung

---

789 *Ehmann*, ZD 2014, 493 (494); *Hoeren/Lütkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, S. 108.

790 *Lorenz*, Neues Klagerecht für Verbraucherverbände - Kampfansage an Datenkraken, Legal Tribune Online, 15.2.2015, http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/datenschutz-verstoesse-verbraucherschutzverbaende-unterlassungsklage-uklag/2/ (zuletzt abgerufen am 3.1.2016).

791 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 19.

von Kreditkonditionenanfragen und Girokonten auf Guthabenbasis. Ausreichend wäre das Verbot, diese bei der Scorewertberechnung negativ zu berücksichtigen.

(b) Effizienz

(aa) Effizienz aus der Sicht der Kreditinstitute

Die gesetzlichen Anforderungen an die Einmeldung von Positivdaten durch Kreditinstitute sind weit gefasst. Abgesehen von Kreditkonditionenanfragen und Daten zu Girokonten auf Guthabenbasis dürfen alle personenbezogenen Daten zur Begründung, ordnungsgemäßen Durchführung und Beendigung von Bankgeschäften bei Wirtschaftsauskunfteien eingemeldet werden. Eine Überprüfung der Datenqualität oder Unterrichtungspflichten gegenüber dem Betroffenen legt die Erlaubnisnorm nicht fest. Nennenswerter Personal-, Finanz- und Verwaltungsaufwand entsteht den Kreditinstituten daher nur durch die Erfüllung der Nachberichtspflicht gemäß § 28a Abs. 3 BDSG. Die Nachberichtspflicht ist als effektive Regelung zur Verhinderung nicht mehr aktueller Daten im Datenbestand von Wirtschafsauskunfteien zu begrüßen. Das Vorliegen nicht mehr aktueller Daten bei Wirtschaftsauskunfteien in der Praxis belegt jedoch, dass es bei der praktischen Einhaltung dieser Vorschrift Probleme gibt.[792] Der den Kreditinstituten durch die Nachberichtspflicht entstehende Aufwand ist angesichts der theoretischen Effektivität der Vorschrift gerechtfertigt. Die Vorschriften des § 28a Abs. 2 und Abs. 3 BDSG können daher aus der Sicht der Kreditinstitute als effizient bezeichnet werden. Die praktischen Probleme bei der Durchsetzung der Nachberichtspflicht müssen jedoch gelöst werden.

(bb) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien

Den Wirtschaftsauskunfteien wird durch § 28a Abs. 2 BDSG kein Personal-, Finanz- oder Verwaltungsaufwand auferlegt. Gleichzeitig profitieren sie von der Einmeldung zahlreicher Daten zu Bankgeschäften. Die Vorschrift ist aus ihrer Sicht daher effizient. Einzig die bei § 28a Abs. 3 BDSG bestehende Un-

792 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 101.

terrichtungspflicht der Wirtschaftsauskunfteien über die Löschung von ursprünglich eingemeldeten Daten ist überflüssig und daher ineffizient.

(cc) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen

Der Betroffene wird weder von § 28a Abs. 2 BDSG noch durch die Nachberichtspflicht nach § 28a Abs. 3 BDSG zum Handeln verpflichtet. Da beide Vorschriften auch grundsätzlich geeignet sind, das Auftreten unrichtiger Scorewerte effektiv zu verhindern, ist auch die Erforderlichkeit eines späteren Tätigwerdens des Betroffenen nicht indiziert. Aus der Sicht des Betroffenen ist die Erlaubnisnorm daher effizient.

(5) Nachberichtspflicht, § 28a Abs. 3 BDSG

Gemäß § 28a Abs. 3 S. 1 BDSG trifft die übermittelnde Stelle eine Nachberichtspflicht, wenn sich eingemeldete Tatsachen nachträglich ändern. Der Nachbericht muss die alten, falschen oder nicht mehr aktuellen Daten sowie die inhaltlich richtigen Daten enthalten.[793] Die übermittelnde Stelle ist verpflichtet, die Änderungen der Wirtschaftsauskunftei innerhalb eines Monats nach eigener Kenntniserlangung mitzuteilen. Damit wählt das Gesetz für die Nachberichtspflicht einen subjektiven Ansatz, der auf die Kenntnisnahmen durch die übermittelnde Stelle abstellt.[794] Hierdurch wird zwar eine Missbrauchsgefahr geschaffen, ein Verstoß gegen die Nachberichtspflicht ist jedoch eine Ordnungswidrigkeit, die gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 4a, Abs. 3 BDSG mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 Euro bedroht ist.[795] Teilweise wird kritisiert, dass hinsichtlich der Änderungen keine Bagatellschwelle besteht, sodass jede Änderung – auch kleine Tippfehler – eingemeldet werden muss.[796] Die Praxis der Scorewertberechnung zeigt, dass eine Bagatellschwelle gerade deshalb kontraproduktiv wäre: Die Höhe eines Darlehens oder eines Dispositionskredits beispielsweise kann sich durch einen kleinen Tippfehler erheblich verändern und den Scorewert negativ beeinflussen. Um sicherzugehen, dass die von einer Änderung betroffenen Daten tatsächlich gelöscht wurden, sieht der Gesetzgeber in

793 *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 106.
794 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (366).
795 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (366).
796 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (366).

§ 28a Abs. 3 S. 2 BDSG eine Unterrichtungspflicht seitens der Auskunfteien gegenüber der übermittelnden Stelle vor. Der Betroffene selbst ist nicht zu informieren, er muss zur Überprüfung der zu seiner Person bei Wirtschaftsauskunfteien gespeicherten Daten das Selbstauskunftsrecht gemäß § 34 Abs. 4 BDSG nutzen.

cc) § 29 Abs. 1 BDSG für Datenerhebungen und -speicherungen durch Wirtschaftsauskunfteien

In die Phase II der Scorewertberechnungen fallen neben den Datenübermittlungen an Wirtschaftsauskunfteien auch die Datenerhebungen und -speicherungen durch die Wirtschaftsauskunfteien selbst. Dabei stellt die Datenübermittlung von (Kredit-)Unternehmen an Wirtschaftsauskunfteien auf Seiten letzterer immer gleichzeitig eine Datenerhebung dar.[797] Gemäß § 29 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG sind die Zwecke, zu denen die Daten verändert oder genutzt werden sollen, bei der Erhebung konkret festzulegen. Der Plan, die Daten für die Berechnung der Scorewerte zu nutzen und Auskünfte über sie an Dritte zu erteilen, muss daher bei der Erhebung festgelegt werden.[798] Hinsichtlich der Erhebung und Speicherung sensitiver Daten verweist § 29 Abs. 5 auf § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG. Im Ergebnis ist die Erhebung und Speicherung sensitiver Daten zum Zwecke des Scoring daher nur mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung des Betroffenen zulässig. Der einzige Ausnahmetatbestand, der für das Scoring eingreifen könnte und eine Einwilligung entbehrlich machen würde, ist die offenkundige Veröffentlichung der Daten durch den Betroffenen, § 29 Abs. 6 Nr. 2 BDSG. Ob die Voraussetzungen dieser Ausnahme erfüllt sind, bedarf einer Prüfung im Einzelfall. Die Datenerhebungen und -speicherungen sonstiger Daten durch Wirtschaftsauskunfteien sind gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 BDSG in drei Fällen datenschutzrechtlich erlaubt[799]:

- Nr. 1: Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse hat, das die Datenerhebung und -speicherung ausschließt.

---

797 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 142.

798 *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 21.

799 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 140.

Aufgrund der Formulierung des Gesetzes ist den Interessen des Betroffenen im Rahmen einer Abwägung bereits der Vorzug zu geben, wenn sie den Interessen der Wirtschaftsauskunftei gleichrangig gegenüberstehen.[800] Sofern Scoringverfahren nach anerkannten Maßstäben und basierend auf richtigen, aktuellen Daten durchgeführt werden, „ist ein entgegenstehendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen [am Ausschluss der Datenerhebung und -speicherung jedoch] nicht erkennbar".[801] Insbesondere ist die berechtigte Sorge eines Betroffenen um die Bewertung seiner Kreditwürdigkeit allein kein schutzwürdiges Interesse, das der Erhebung und Speicherung wahrheitsgemäßer Negativdaten entgegensteht.[802] Etwas anderes gilt jedoch, wenn im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für ein entgegenstehendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen bestehen.[803] Die Erhebung von Daten aus Schuldnerverzeichnissen ist gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zulässig[804] und fällt nicht unter § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, da es sich bei Schuldnerverzeichnissen nicht um allgemein zugängliche Quellen handelt[805]. Eine gesetzliche Pflicht der Wirtschaftsauskunfteien zur Kontrolle der Richtigkeit und Qualität der Daten besteht nicht.[806] Angesichts der Masse an von Wirtschaftsauskunfteien erhobenen und gespeicherten Daten wird eine generelle Prüfungspflicht für unzumutbar oder zumindest unerfüllbar erachtet.[807] Lediglich im Einzelfall kann eine Prüfungspflicht bestehen, wenn die Daten zu Nachteilen für den Betroffenen führen können oder die Seriosität der Quelle in Zweifel steht und die Richtigkeit von der Auskunftei mit geringem Aufwand überprüfbar ist.[808] Dies wird durch den Gesetzeswortlaut *kein Grund zu der Annahme* gestützt, der eine Prüfungspflicht nur bei Vorliegen von Indizien für schutzwürdige Interessen des Betroffenen nahelegt[809] und die Dar-

800 *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 10.

801 *Wäßle/Heinemann*, CR 2010, 410 (414).

802 *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 29, Rn. 33.

803 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 29, Rn. 16.

804 Siehe 2. Teil C. II. 3. a) cc).

805 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 155.

806 *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 13.

807 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 172; m. w. N. *Krämer*, NJW 2012, 3201 (3203).

808 M. w. N. *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 13; *Krämer*, NJW 2012, 3201 (3203).

809 *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 198.

legungs- und Beweislast für die Unrichtigkeit von Daten damit faktisch dem Betroffenen auferlegt[810].

- Nr. 2: Die Daten können aus öffentlich-zugänglichen Quellen entnommen werden oder der Auskunftei steht die Befugnis zu ihrer Veröffentlichung zu, es sei denn das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Datenerhebung und -speicherung überwiegt offensichtlich.

Hier kann auf die Ausführungen zu Datenerhebungen und -speicherungen durch (Kredit-)Unternehmen gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG in Phase I verwiesen werden.[811] Ebenso wie dort müssen die Daten nicht tatsächlich aus öffentlich-zugänglichen Quellen erhoben worden sein, es genügt, wenn die Möglichkeit hierfür zum Zeitpunkt der Erhebung besteht.[812]

- Nr. 3: Die Voraussetzungen von § 28a Abs. 1 oder 2 BDSG liegen vor.

Dieser Erhebungstatbestand ist die logische Konsequenz zu der Einfügung des § 28a in das BDSG. Wenn diese Vorschrift die Übermittlung bestimmter Daten an Auskunfteien erlaubt, muss es den Wirtschaftsauskunfteien auch erlaubt sein, diese Daten zu erheben und zu speichern. Eine Abwägung mit den Interessen des Betroffenen ist gerade nicht erforderlich.[813] In § 28a Abs. 1 BDSG hat der Gesetzgeber schließlich die Voraussetzungen gesetzlich geregelt, bei deren Vorliegen die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen hinter dem berechtigten Interesse der übermittelnden Stelle zurücktreten.[814] Für die Daten, die gemäß § 28a Abs. 2 BDSG an Wirtschaftsauskunfteien übermittelt werden dürfen, hat eine Interessenabwägung bereits vor der Übermittlung stattgefunden.

---

810 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 173.

811 Siehe 2. Teil C. II. 2. a) cc) (2) (d).

812 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.12.2015, Az.: 1 U 128/15, BeckRS 2016, 00547, Rn. 13; *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 19.

813 *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 20.

814 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 14.

(1) Effektivitätsanalyse

Die Erlaubnisnorm des § 29 Abs. 1 BDSG ist die Rechtsgrundlage für die Erhebung und Speicherung bonitätsrelevanter Daten durch die Wirtschaftsauskunfteien selbst. Ebenso wie bei § 28 Abs. 1 BDSG handelt es sich um eine allgemeine Erlaubnisnorm für private Datenverarbeiter, die nicht speziell das Scoring regelt – auch wenn in § 29 Abs. 1 Nr. 3 BDSG auf die Spezialregelung des § 28a BDSG verwiesen wird. Eine Pflicht zur Kontrolle der Datenqualität wird nicht festgelegt. Die Effektivitätsanalyse zu § 28 Abs. 1 BDSG als Erlaubnisnorm für (Kredit-)Unternehmen in Phase I ist daher übertragbar. In der Literatur wird eine Kontrollpflicht für Wirtschaftsauskunfteien für unzumutbar bzw. unerfüllbar gehalten.[815] Tatsächlich ist den Wirtschaftsauskunfteien in den meisten Fällen eine Kontrolle der Richtigkeit und Aktualität der von ihnen erhobenen, verarbeiteten und genutzten Daten nicht ohne Mitwirkung der Betroffenen und ihrer Gläubiger möglich. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Vorschrift in ihrer jetzigen Form keinerlei Maßnahmen vorsieht, um das Auftreten unrichtiger Scorewerte zu verhindern. Die Vorschrift ist insoweit ineffektiv. Andererseits beschränkt sie die Arten der auf ihrer Grundlage erhobenen und gespeicherten Daten nicht. Sie ist daher – sofern die Richtigkeit und Aktualität der zur Scorewertberechnung genutzten Daten hergestellt wird – geeignet, um die Berechnung aussagekräftiger Scorewerte effektiv zu gewährleisten.

(2) Effizienzanalyse

(a) Effizienz aus der Sicht der (Kredit)Unternehmen

Die (Kredit-)Unternehmen werden durch § 29 Abs. 1 BDSG beim externen Scoring weder berechtigt noch verpflichtet. Es besteht somit keinerlei Personal-, Finanz- oder Verwaltungsaufwand. Gleichzeitig profitieren sie davon, wenn sich die Datenbasis bei den Wirtschaftsauskunfteien vergrößert und dadurch die an sie beauskunfteten Scorewerte mehr Aussagekraft erhalten. Aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen ist die Erlaubnisnorm somit effizient.

---

[815] *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 172; m. w. N. *Krämer*, NJW 2012, 3201 (3203).

(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien

Die Wirtschaftsauskunfteien werden durch die Erlaubnisnorm zu eigenen Datenerhebungen, -speicherungen, -veränderungen und -nutzungen berechtigt. Dabei werden sie nicht zu aufwändigen Kontrollen der Datenqualität oder zu Informationspflichten gegenüber dem Betroffenen verpflichtet. Die Vorschrift ist daher auch aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien effizient.

(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen

Die Erlaubnisnorm sieht keinerlei Vorkehrungen zur Verhinderung der Erhebung unrichtiger oder nicht mehr aktueller personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien vor. Da für die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten des Betroffenen durch Wirtschaftsauskunfteien auch weder die Informationspflicht gemäß § 4 Abs. 3 BDSG noch die Benachrichtigungspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG eingreift, erhält der Betroffene auch keine Kenntnis von der Erhebung und Speicherung seiner Daten. Hiervon erfährt er erst, wenn die Daten erstmals zur Bonitätsauskunft übermittelt werden. Dann greift die Benachrichtigungspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG ein. Ihm bleibt daher nur ein repressives Vorgehen zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte zu seiner Person, das überdies für ihn mit erheblichem Aufwand verbunden ist. Aus der Sicht des Betroffenen ist die Vorschrift somit nicht effizient.

b) Einwilligung

Sofern keine Erlaubnisnorm besteht, eingreift oder darüber hinausgehend Daten von (Kredit-)Unternehmen an Wirtschaftsauskunfteien übermittelt werden sollen, ist eine Einwilligung des Betroffenen erforderlich. Die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen an eine wirksame Einwilligung des Betroffenen ergeben sich aus § 4a BDSG.[816] Problemtisch ist in diesem Zusammenhang der Umfang der Informationspflicht der übermittelnden Stelle gegenüber dem Betroffenen, da oftmals nicht abzusehen ist, mit welchen anderen Daten eine Zusammenführung stattfindet und an wen die Daten beauskunftet werden.[817] Daher müssen zumindest der Anlass und der Adressat der Übermittlung in der In-

816 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 134.

817 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 135.

formation so konkret wie möglich beschrieben werden.[818] Die vielfach neu formulierte sog. *SCHUFA*-Klausel bildet das bekannteste Beispiel für eine praktische Umsetzung dieser Vorgaben.[819] Für die Datenerhebungen durch die Wirtschaftsauskunfteien selbst kommt eine Einwilligung des Betroffenen gegenüber diesen aus tatsächlichen Gründen nicht in Betracht. Zwischen den Wirtschaftsauskunfteien und dem Betroffenen besteht kein Rechtsverhältnis, in dessen Rahmen die Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden könnte. Möglich ist die Einholung der Einwilligung für diese Datenerhebungen nur durch die (Kredit-)Unternehmen, die mit dem Betroffenen in Vertragsverhandlungen stehen. Die Informationspflicht ist in diesen Fällen entsprechend weitreichend. Hinsichtlich der Effektivität und Effizienz der Einwilligung zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte wird auf die Ausführungen zu Phase I verwiesen.

4. Datenumgang in Form der Scorewertberechnung, Phase III

In Phase III nutzen die Wirtschaftsauskunfteien die bei ihnen eingemeldeten und von ihnen selbst erhobenen bonitätsrelevanten Daten zur Scorewertberechnung. In dieser Phase wird die mit Scoring überschriebene Vorschrift des § 28b BDSG relevant. Es handelt sich nicht um eine Erlaubnisnorm i. S. d. § 4 Abs. 1 BDSG. Erlaubnisnorm für die Scorewertberechnung durch Wirtschaftsauskunfteien ist § 29 Abs. 1 BDSG.[820] Der *Scoring-Paragraph* schreibt jedoch ergänzend bestimmte Anforderungen vor, denen die Scorewertberechnung genügen muss, um datenschutzrechtlich zulässig sein.[821]

a) Erlaubnisnorm, § 29 Abs. 1 BDSG

Die Scorewertberechnung erfolgt in mehreren Schritten. Im Vorfeld zur eigentlichen Scorewertberechnung werten die Wirtschaftsauskunfteien die bei ihnen vorhandenen bonitätsrelevanten Daten in Bezug auf tatsächliche Zahlungsaus-

818 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 135.

819 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 135.

820 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28b, Rn. 7.

821 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 1.

fälle aus.[822] Ziel ist es zu ermitteln, welche Merkmalsdispositionen einen Zahlungsausfall statistisch gesehen wahrscheinlicher machen. Auf dieser Basis werden Vergleichsgruppen erstellt.[823] Die Auswahl und Gewichtung der Merkmale sowie deren Verhältnis zueinander (Vergleichsgruppen) werden in einen Algorithmus umgesetzt und in einer Scorekarte festgehalten.[824] In der Scorekarte ist jedem Merkmal ein Punktwert zugeordnet.[825] Der Scorewert für eine Privatperson oder ein Unternehmen wird durch Addition der erreichten Punktwerte berechnet.[826] Die Erlaubnisnorm für diesen Vorgang ist § 29 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 3 BDSG.[827] Der dargestellte Umgang mit personenbezogenen Daten bei der Scorewertberechnung fällt unter die datenschutzrechtlichen Begriffe des *Veränderns* und *Nutzens* von Daten. Während der Nutzungsbegriff allgemein jede Verwendung personenbezogener Daten erfasst, die nicht unter den Verarbeitungsbegriff fällt,[828] bezeichnet das Verändern von Daten insbesondere deren Verknüpfung mit anderen Daten[829]. Das Verändern von Daten ist zulässig, wenn deren Erhebung und Speicherung zulässig war.[830] Gleiches gilt für das Nutzen der Daten. Liegen die Voraussetzungen von § 29 Abs. 1 BDSG für die Erhebung und Speicherung der Daten zur Scorewertberechnung vor, dann liegen auch die Voraussetzungen zur Nutzung der Daten nach dieser Vorschrift vor.[831]

Vor der Einfügung des Nutzungsbegriffs in die Vorschrift wurde das Nutzen als Datenumgang, der gegenüber dem Verändern eine geringere Eingriffsintensität aufweist, in der Praxis mittels eines Erst-Recht-Schlusses bereits für zulässig erachtet.[832] Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen kann daher auf die Ausführungen zur Datenerhebung und -speicherung in Phase II verwiesen wer-

---

822 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 25; *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 107.

823 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 28; *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 8.

824 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 26.

825 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 30.

826 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 30.

827 *Wäßle/Heinemann*, CR 2010, 410 (414).

828 § 3 Abs. 5 BDSG.

829 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 204.

830 M. w. N. *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 203 f.

831 *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 29, Rn. 41.

832 *Weichert*, in. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 29, Rn. 11.

den.[833] Wenn nicht im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für entgegenstehende schutzwürdige Interessen des Betroffenen vorliegen, ist von der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Umgangs mit personenbezogenen Daten durch Wirtschaftsauskunfteien zur Scorewertberechnung auszugehen.[834] Die Wirtschaftsauskunfteien sind für die Richtigkeit und Aktualität der durch sie verwendeten Daten verantwortlich, sie müssen sich Fehler eingemeldeter Daten zurechnen lassen, auch wenn keine Pflicht zur Kontrolle der inhaltlichen Richtigkeit der Daten besteht.[835] Gemäß § 29 Abs. 5 i. V. m. § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung sensitiver Daten i. S. d. § 3 Abs. 9 BDSG im Rahmen des Scoring nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Betroffenen zulässig, sofern kein Ausnahmetatbestand vorliegt. Für das Scoring können sensitive Daten daher allenfalls verwendet werden, wenn sie vom Betroffenen veröffentlicht wurden, § 28 Abs. 6 Nr. 2 BDSG.[836] Hinsichtlich der Effektivität und Effizienz der Vorschrift zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte ergeben sich keine Unterschiede zur Beurteilung der Erlaubnisnorm in Phase II.[837]

b) Einwilligung

Liegen die Voraussetzungen der Erlaubnisnorm nicht vor oder sollen darüberhinausgehende Daten, insbesondere sensitive Daten i. S. d. § 3 Abs. 9 BDSG, für die Scorewertberechnung genutzt werden, ist die Einwilligung des Betroffenen erforderlich, § 4 Abs. 1 BDSG.[838] Da die Wirtschaftsauskunfteien in keiner vertraglichen Beziehung zu dem Betroffenen stehen, ist die Einwilligung bereits in Phase I durch die Vertragspartner der Auskunfteien einzuholen und muss sich ausdrücklich auf die Datennutzung zur Scorewertberechnung beziehen. Der Betroffene muss über diese konkrete Veränderung und Nutzung seiner Daten vor der Abgabe der Einwilligung informiert werden. Die Anforderungen an die Scorewertberechnung, die § 28b BDSG festlegt, sind auch einzuhalten,

---

833 Siehe 2. Teil C. II. 3. a) cc).

834 *Taeger*, in: Taeger/Gabel, § 29, Rn. 29.

835 *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 29, Rn. 12a.

836 *Kramer*, in: Auernhammer, § 29, Rn. 26.

837 Siehe 2. Teil C. II. 3. a) cc).

838 Zu den formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Einwilligung siehe 2. Teil C. II. 2. b) bb).

wenn eine Einwilligung zugrunde liegt. Bei § 28b BDSG handelt es sich gerade nicht um eine Erlaubnisnorm, die i. S. d. § 4 Abs. 1 BDSG alternativ zur Einwilligung steht.[839] Die Vorschrift legt vielmehr generelle Anforderungen an Scoringverfahren fest, unabhängig von deren Rechtsgrundlage.[840] Die Effektivität und Effizienz der Einwilligung zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte ist ebenso zu beurteilen wie in Phase I. Auf die dortigen Ausführungen wird daher verwiesen. Zu ergänzen ist, dass die Scorewertberechnungen in Phase III aller Wahrscheinlichkeit nach nicht nur aufgrund direkt beim Betroffenen erhobener Daten erfolgen werden. Die Einholung der Einwilligung bietet daher schon aus diesem Grund keine Gewähr für die Richtigkeit und Aktualität der errechneten Scorewerte.

c) Zulässigkeit gemäß § 28b BDSG

Die Vorschrift des § 28b BDSG legt in Nr. 1 bis 4 Anforderungen fest, denen Wahrscheinlichkeitswerte für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Betroffenen genügen müssen, um zum Zwecke der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen erhoben oder verwendet werden zu dürfen. Ein Verstoß gegen die Vorschrift begründete keine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit.[841] Allerdings können bei einem Verstoß von der zuständigen Aufsichtsbehörde Aufsichtsmaßnahmen erlassen werden und es bestehen zivilrechtliche Ansprüche des Betroffenen.[842] Der Wahrscheinlichkeitswert (Scorewert) muss eine Prognose über das künftige Verhalten des Betroffenen enthalten und darf nicht bloß eine zusammenfassende Analyse vergangener Verhaltensweisen sein.[843] Ferner muss er in eine Entscheidung des scorewertanfragenden (Kredit-)Unternehmens, die eine rechtliche Folge für den Betroffenen auslöst, einbezogen werden,[844] Das Scoring zu Werbezwecken fällt aus dem Anwendungsbereich heraus, da es nicht für die Entscheidung über das *Ob* und *Wie* eines Vertragsver-

---

839 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 1; *Gola/Schomerus*, § 28b, Rn. 2.

840 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 1; *Gola/Schomerus*, § 28b, Rn. 2.

841 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28b, Rn. 53.

842 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28b, Rn. 51 ff.

843 *Gola/Schomerus*, § 28b, Rn. 6; *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28b, Rn. 4.

844 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 16.

hältnisses, sondern nur für die Ausrichtung von Werbemaßnahmen genutzt wird.[845]

Die Vorschrift klärt einige Streitfragen, die vor der Novelle I des BDSG bestanden und führt gleichzeitig neue Rechtsunsicherheiten ein.[846] Insbesondere die neu eingefügten Begriffe des *wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens* und der *Erheblichkeit* sorgen für Diskussionsstoff.[847]

aa) Wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren (Nr. 1)

Das Gesetz fordert für die Berechnung von Scorewerten die Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens, § 28b Nr. 1 BDSG. Die Methode muss den Regeln der mathematischen Statistik folgen.[848] Es fehlen jedoch Vorgaben dazu, wann ein Verfahren als wissenschaftlich anerkannt einzustufen ist.[849] Auch die Gesetzesbegründung schweigt hierzu.[850] Für die Praxis der Scorewertberechnung bedeutet dies, dass die zuständige Aufsichtsbehörde die Entscheidung treffen muss, ob ein Verfahren zur Scorewertberechnung wissenschaftlich anerkannt ist oder nicht. Die Wirtschaftsauskunfteien und die scorewertanfragenden (Kredit-)Unternehmen sind insoweit gegenüber den Landesdatenschutzbehörden darlegungs- und beweispflichtig.[851] Der Nachweis wird in der Regel durch ein von den Wirtschaftsauskunfteien in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten erbracht.[852] Fraglich ist, ob dieses die wissenschaftliche Anerkennung eines mathematisch-statistischen Verfahrens beurteilen kann, wenn hierfür keine Maßstäbe festgelegt sind. Die Bundestagsfraktion *BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN* fordert daher in

---

845 *Ehmann*, in: Simitis, §28b, Rn. 45; *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 17; a. A. *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 28b, Rn. 2.

846 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 9.

847 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 9.

848 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 31.

849 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 28; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 31.

850 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 16.

851 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 112; vgl. *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 186.

852 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 111 f.

einem aktuellen Reformvorschlag für ein „Scoringänderungsgesetz“, die Anforderungen an das wissenschaftlich anerkannte mathematisch-statistische Verfahren zu konkretisieren.[853] Dazu solle in § 28b BDSG ergänzt werden, dass das Verfahren dem Stand der Wissenschaft und Forschung entsprechen müsse und das Nähere zu den Anforderungen an dieses Verfahren solle die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundestags bestimmen.[854]

Eine derartige Überregulierung ist jedoch nicht erforderlich. Gemäß § 28b Nr. 1 BDSG müssen die zur Scorewertberechnung eingesetzten Daten für die Berechnung des Wahrscheinlichkeitswertes unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistische Verfahrens nachweisbar erheblich sein. Daraus lässt sich die inhaltliche Anforderung entnehmen, dass das Verfahren korrekte Aussagen über den statistischen Zusammenhang zwischen einem Datum und dem zu bestimmenden Verhalten, im Vorliegenden der Zahlungswahrscheinlichkeit, hervorbringen muss.[855] Die wissenschaftliche Anerkennung des Verfahrens wird daher vom Ergebnis her beurteilt. Dass keine Wirtschaftsauskunftei hierzu eigene Berechnungsmethoden erfinden wird, sondern sich an bewiesene mathematische Gesetzmäßigkeiten und Methoden halten wird, liegt auf der Hand.[856] Es liegt im Eigeninteresse der Auskunfteien, zuverlässige Scorewerte zu berechnen, um die eigene Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten.[857] Im Gesetz ist diese Anforderung ebenfalls bereits festgelegt, indem ein wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren verlangt wird. Die methodenneutrale Formulierung des Gesetzes führt daher nicht zu Unregelmäßigkeiten bei der Scorewertberechnung. Es ist sichergestellt, dass nur Daten zur Scorewertberechnung verwendet werden dürfen, denen ein statistischer Aussagewert über die Bonität der Betroffenen zu entnehmen ist. Die Berechnungsmethode für den statistischen Aussagewert muss auch nicht gesetzlich oder in einer Rechtsverordnung vorgegeben werden. Jeder mathematische Sachverständige wird beurteilen können, ob es sich um eine in der Mathematik anerkannte Berechnungsmethode handelt. Die Forderung des Gesetzes nach einem wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahren

853 BT-Drucks. 18/4864, 8.5.2015, S. 8.

854 BT-Drucks. 18/4864, 8.5.2015, S. 3.

855 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 31.

856 *Gola/Schomerus*, § 28b, Rn. 12.

857 *Gola/Schomerus*, § 28b, Rn. 12.

gewährleistet die Wissenschaftlichkeit des Verfahrens daher bereits ausreichend.[858]

bb) Offenbarung der Scoreformel gegenüber der Aufsichtsbehörde

Unterschiedlich beurteilt wird die Frage, ob Wirtschaftsauskunfteien gegenüber den zuständigen Aufsichtsbehörden zur Offenlegung der Scoreformel, insbesondere auch zur Offenlegung des genutzten Algorithmus verpflichtet sind.[859] Hintergrund ist, dass der BGH die Scoreformel als Geschäftsgeheimnis der Wirtschaftsauskunfteien eingestuft hat.[860] Die Pflicht zur Offenbarung des Algorithmus gegenüber den Aufsichtsbehörden ist jedoch zu bejahen. Dieses Ergebnis wird durch einen Blick auf den Umgang mit Geschäftsgeheimnissen in Gerichtsverfahren zum Gewerblichen Rechtsschutz gestützt, wo Geschäftsgeheimnisse nach der sog. Düsseldorfer Praxis einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen und von diesem dem Gericht offenbart werden[861]. Die Gerichte sind gegenüber der jeweils anderen Prozesspartei und sonstigen Dritten zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet.[862] Gleiches gilt im Rahmen der Aufsicht über das Scoring für die Landesdatenschutzbehörden und bei entsprechender Verschwiegenheitsvereinbarung für von diesen beauftragte Sachverständige. Eine Offenbarung der Scoreformel ist den Wirtschaftsauskunfteien daher ohne die Gefahr Wettbewerbsnachteile zu erleiden möglich. Kritisch anzumerken ist, dass es angesichts der angespannten Personalsituation in den Landesdatenschutzbehörden in der Praxis nur in Einzelfällen zu einer Offenlegung der Scoreformel kommen wird.

cc) Erheblichkeit der genutzten Daten (Nr. 1)

Neben der Wissenschaftlichkeit des Verfahrens fordert § 28b Nr. 1 BDSG, dass die zur Berechnung des Scorewertes genutzten Daten nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sind. Das zukünftige Zahlungsverhalten einer Privatperson oder eines Unternehmens

858 So auch *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 32.

859 M. w. N. *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 112.

860 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13,ZD 2014, 306 (307).

861 *Mes*, in: Mes, § 140c, Rn. 19; *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, § 101a, Rn. 30.

862 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 112.

fällt, anders als Ereignisse, die auf höherer Gewalt oder Fremdeinwirkung beruhen[863], als bestimmtes Verhalten in den Anwendungsbereich der Vorschrift. Ob ein für die Scorewertberechnung genutztes Datum erheblich ist, könnte rein statistisch bestimmt werden oder wertend, insoweit, dass nur Daten verwendet werden dürfen, die statistisch geeignet sind, das Ergebnis maßgeblich zu beeinflussen.[864] Ziel letzterer Sichtweise ist es wohl, die für das Scoring verwendeten Daten auf solche Informationen zu beschränken, die einen unmittelbaren Bezug zur Bonität des Betroffenen aufweisen und insbesondere Daten wie Alter und Wohnsitz aus der Scorewertberechnung herauszuhalten.[865]

Die Vorschrift des § 28b BDSG sieht keine Einschränkung der zulässigen Datenarten vor.[866] Gemäß § 28b Nr. 1 BDSG müssen die Daten unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sein. Das Gesetz lässt somit eine statistische Erheblichkeit – jeder Qualität – der genutzten Daten ausreichen.[867] Dabei kann jedes beliebige Merkmal einen statistischen Zusammenhang zur Bonität aufweisen.[868] Um den statistischen Zusammenhang zuverlässig zu ermitteln, verlangen wissenschaftliche Standards eine ausreichende Stichprobengröße.[869] Ob Wirtschaftsauskunfteien diese Standards einhalten, kann von den zuständigen Aufsichtsbehörden im Zweifelsfall kontrolliert werden. Eine wirksame Kontrolle setzt jedoch voraus, dass die personelle und finanzielle Ausstattung der Aufsichtsbehörden aufgestockt wird.[870] Die Gefahr, dass Merkmale zur Scorewertberechnung verwendet werden, denen keine bis kaum eine Aussage über die Zahlungswahrscheinlichkeit einer Person oder eines Unternehmens entnommen werden kann, besteht, ist jedoch schon aus wettbewerblichen Gesichtspunkten sehr gering. Den Wirtschaftsauskunfteien am Markt, die zueinander in einem Konkurrenz-

---

863 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 16.

864 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 34 f; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 32.

865 Vgl. ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 32.

866 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 61.

867 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 36; i. E. so auch *Kramer*, in: Auernhammer, § 28b, Rn. 31.

868 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 18.

869 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 45.

870 Siehe 2. Teil F. VII.

verhältnis stehen, ist daran gelegen, ein gutes Produkt – einen aussagekräftigen Scorewert – zu verkaufen.[871] Daten, denen keine oder kaum eine Aussage zur Zahlungswahrscheinlichkeit entnommen werden kann, werden bei seriösen Anbietern daher ohnehin nicht zur Berechnung genutzt werden. Vor allem aber der Gesetzeswortlaut spricht dafür, dass die rein statistische Erheblichkeit der Daten ausreichend ist und es nicht auf eine wertende Komponente ankommt.
Der statistische Aussagegehalt eines Merkmals kann erst im Wege einer ex post Betrachtung des prognostizierten und des tatsächlich eingetretenen Verhaltens bestimmt werden.[872] Eine stetige Überprüfung und Anpassung der Merkmalsgewichtungen im Hinblick auf ihre tatsächliche statistische Aussagekraft ist daher unerlässlich.[873] Je mehr Daten bei einer Wirtschaftsauskunftei vorhanden sind, desto genauer können statistische Zusammenhänge zwischen einzelnen Daten und der Zahlungsausfallwahrscheinlichkeit ermittelt werden. Die Treffgenauigkeit der zur Scorewertberechnung gebildeten Vergleichsgruppen erhöht sich mit der Zahl der ausgewerteten Daten. Dadurch erklärt sich auch, dass ein Mehr an Daten zu einer höheren Aussagekraft der Scorewerte führt.[874] Der Betroffene wird sich in der Regel nicht an der Zahl und Art der zur Scorewertberechnung verwendeten Daten stören, sondern daran interessiert sein, dass sie der Wahrheit entsprechen und ihnen ein korrekter statistischer Aussagewert über die Zahlungswahrscheinlichkeit zugrunde gelegt wird.[875] Erheblich können ohnehin nur richtige Daten sein, weshalb § 28b Nr. 1 BDSG die Nutzung unrichtiger Daten zur Scorewertberechnung verbietet bzw. die Rechtswidrigkeit ihrer Nutzung begründet. Kontrollmechanismen, wie etwa Stichprobenüberprüfungen, sieht die Vorschrift jedoch nicht vor. Die Wirtschaftsauskunfteien trifft hinsichtlich des Nachweises des statistischen Zusammenhangs zwischen einem Datum und einem bestimmten zukünftigen Verhaltens des Betroffenen eine Dokumentationspflicht.[876] Denn sie werden gegebenenfalls von der zuständigen Aufsichtsbehörde aufgefordert, die Erheblichkeit bestimmter Daten darzulegen.[877] Diese Dokumentationspflicht ergibt sich aus dem Erfordernis der

---

871 *Gola/Schomerus*, § 28b, Rn. 12.
872 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 19.
873 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 19.
874 *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 24.
875 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 37.
876 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 20.
877 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 16.

Nachweisbarkeit.[878] Doch diese Dokumentationen müssen von den Aufsichtsbehörden erst einmal gesichtet werden. Offen bleibt die Frage, wie personell unterbesetze Aufsichtsbehörden kontrollieren sollen, dass eine Wirtschaftsauskunftei einem Merkmal den korrekten statistischen Aussagegehalt zuweist.

dd) Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 29 BDSG (Nr. 2)

Für die Zulässigkeit der Scorewertberechnung durch Auskunfteien fordert das Gesetz gemäß § 28b Nr. 2 BDSG das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Übermittlung der genutzten Daten nach § 29 BDSG, in allen anderen Fälle das Vorliegen der Voraussetzungen für eine zulässige Datennutzung nach § 28 BDSG. Für das externe Scoring müssen daher die Voraussetzungen für eine zulässige Übermittlung der zur Scorewertberechnung genutzten Daten gemäß § 29 BDSG vorliegen.[879] Unter „allen anderen Fällen" sind interne Scoringverfahren durch die (Kredit-)Unternehmen selbst zu verstehen, hierfür müssen die Voraussetzungen zur Datennutzung nach § 28 BDSG vorliegen.[880] Das interne Scoring fällt grundsätzlich nicht unter den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn die Scorewertberechnung durch eine Wirtschaftsauskunftei als Auftragsdatenverarbeitung für die verantwortliche Stelle (ein (Kredit-)Unternehmen) erfolgt.[881] Dabei handelt es sich in der Praxis jedoch um seltene Einzelfälle[882], die diese Arbeit nicht erörtert.
Es fehlt in § 28b Nr. 2 BDSG eine Bezugnahme auf die Einwilligung. Das gesamte Datenschutzrecht ist aufgrund des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt aus § 4 Abs. 1 BDSG so konzipiert, dass Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen zulässig sind, wenn entweder eine Erlaubnisnorm eingreift oder eine wirksame Einwilligung des Betroffenen vorliegt. Die Einwilligung als Legitimierungsgrundlage wird in § 28b Nr. 2 BDSG jedoch nicht erwähnt. Im Hinblick darauf, dass der Datenschutz für den Betroffenen ein disponibles

---

878 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28b, Rn. 32; *Kramer*, in: Auernhammer, § 28b, Rn. 32; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 34.

879 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 21.

880 *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 21.

881 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28b, Rn. 35; *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 58.

882 Siehe 2. Teil B. I. 3.

Recht ist[883], muss es über den Wortlaut des § 28b Nr. 2 BDSG hinaus für die Zulässigkeit einer Scorewertberechnung auch genügen, wenn eine wirksame Einwilligung des Betroffenen zur Übermittlung der genutzten Daten vorliegt. Der Gesetzgeber wollte durch die Einführung der §§ 28a, 28b BDSG die Zweifel hinsichtlich der Wirksamkeit der im Rahmen des Scoring bisher eingeholten Einwilligungen der Betroffenen beseitigen.[884] Dadurch wurde aber nicht die Möglichkeit der Legitimierung eines datenschutzrelevanten Vorgangs durch die wirksame Einwilligung des Betroffenen beseitigt.[885] Teleologische und systematische Erwägungen sprechen daher dafür, auch die Einwilligung als ausreichende Legitimierung anzusehen. Liegen die Voraussetzungen von § 29 BDSG nicht vor, ist jedoch eine wirksame Einwilligung des Betroffenen gegeben, sind die Anforderungen des § 28b Nr. 2 BDSG somit erfüllt.

ee) Keine ausschließliche Nutzung von Anschriftendaten (Nr. 3)

Gemäß § 28b Nr. 3 BDSG ist die ausschließliche Verwendung von Anschriftendaten zur Scorewertberechnung rechtswidrig. Eine Definition der Anschriftendaten enthält weder das Gesetz noch die Gesetzesbegründung.[886] Letztere enthält jedoch an anderer Stelle den Hinweis, dass zumindest „Straße", „Hausnummer", „Postleitzahl" und „Ort" unter den Oberbegriff „Adressdaten" fallen.[887] Ob diese Aufzählung abschließend ist und auf den Begriff *Anschriftendaten* übertragen werden kann, bleibt offen.[888]
Aus der Gesetzesbegründung kann jedoch über einen gedanklichen Umweg geschlossen werden, dass der Gesetzgeber unter einer Anschrift „den Wohnsitz in einem bestimmten räumlichen Areal" versteht.[889] Der Gesetzgeber stellt nämlich klar, dass die Einfügung des § 28b Nr. 3 BDSG „wegen der in der Öffentlichkeit diskutierten Bedeutung der Nutzung von Anschriftendaten" durch Wirtschaftsauskunfteien erfolgt.[890] Hiermit wird Bezug genommen auf das sog.

---

883 *Mackenthun*, in Taeger/Gabel, § 28b, Rn. 26.
884 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 15.
885 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (365).
886 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 63.
887 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 17.
888 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 63.
889 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 67.
890 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 17.

Redlining, das den Umstand beschreibt, dass „Bewohnern eines bestimmten Gebiets Dienstleistungen [von (Kredit-)Unternehmen] nicht oder nur verteuert angeboten werden.“[891] Wird diese Praxis fortgeführt, kann es für bestimmte Gebiete oder Stadtteile zu einer „Ghettoisierung“ kommen.[892] Die Einfügung des § 28b Nr. 3 BDSG ist somit eine rechtspolitische Entscheidung, die einer negativen soziologischen Entwicklung bestimmter Gebiete entgegenwirken soll. Dabei sind die gesetzlichen Anforderungen bereits erfüllt, wenn neben der Anschrift auch nur ein weiteres Merkmal, z. B. das Alter einer Person, in die Scorewertberechnung einbezogen wird.[893] Es ist daher fraglich, ob die Vorschrift des § 28b Nr. 3 BDSG geeignet ist, das „Redlining“ in Deutschland wirksam zu unterbinden.[894] Dieses Ziel hätte wohl ein Verbot der Nutzung von Anschriftendaten erfordert. Der gesetzlichen Beschränkung der Nutzung von Anschriftendaten liegen jedenfalls rechtspolitische Erwägungen zugrunde. Weitere Einschränkungen der für das Scoring zulässigerweise nutzbaren Datenbasis sieht das Gesetz nicht vor.[895] Es gibt jedoch Forderungen, die Verwendung von Anschriftendaten, sensitiven Daten i. S. d. § 3 Abs. 9 BDSG und diskriminierungsgeeigneten Daten i. S. d. § 1 AGG für die Scorewertberechnung zu verbieten.[896] Es ist wohl eine Frage des grundsätzlichen Werteempfindens, ob diskriminierungsgeeignete Daten für die Scorewertberechnung herangezogen werden dürfen oder nicht. Aus mathematisch-statistischer Perspektive ist die Frage, welche Daten mit welchem Gewicht in die Scorewertberechnung einfließen dürfen, längst beantwortet. Bonitätsrelevant sind alle Daten, denen statistisch gesehen eine Aussage über das zukünftige Zahlungsverhalten einer Person oder eines Unternehmens zu entnehmen ist. Schwerer gewichtet werden dabei die Merkmale, denen statistisch gesehen der größere Aussagewert zukommt. Entsprechend neutral regelt das Datenschutzrecht derzeit die Praxis der Scorewertberechnung. Die Verwendung sensitiver Daten i. S. d. § 3 Abs. 9

---

891 *Hammersen/Eisenried*, ZD 2014, 342 (343).

892 *Hammersen/Eisenried*, ZD 2014, 342 (343); *Korczak/Wilken*, Studie: Scoring im Praxistest, 15.1.2008, S. 26.

893 *Behm*, RDV 2010, 61 (70); *Hammersen/Eisenried*, ZD 2014, 342 (343); ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 36.

894 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 36.

895 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 61.

896 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 36 f.

BDSG zur Scorewertberechnung ist ferner bereits nach geltender Rechtslage nur mit der ausdrücklichen Einwilligung des Betroffenen zulässig, da Ausnahmetatbestände gemäß § 29 Abs. 5 i. V. m. § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG in aller Regel nicht eingreifen. Die Entscheidung, ob diese Daten in die Scorewertberechnung einfließen, bleibt daher jedem Betroffenen selbst überlassen. Die Tatsache, dass das System nicht ausschließlich positive Scorewerte hervorbringt, ist ein Ausweis seiner Funktionalität. Eine Einschränkung der zulässigerweise zur Scorewertberechnung nutzbaren Daten würde die Aussagekraft der errechneten Scorewerte mindern. Es ist empirisch belegt, dass die Treffsicherheit der Scorewertberechnung mit einer Erweiterung der Datenbasis und unter Berücksichtigung positiver und negativer Daten erhöht wird.[897] Eine Einschränkung der zulässigen Datenbasis ist daher nicht angezeigt. Diese Sichtweise steht jedoch unter der Prämisse, dass alle zur Scorewertberechnung verwendeten Daten aktuell und richtig sind. Außerdem muss die Kontrolle der Wirtschaftsauskunfteien durch die zuständigen Aufsichtsbehörden in der Form gewährleistet sein, dass die statistische Relevanz eines Merkmals für die Bonität einer Person oder eines Unternehmens überprüfbar ist.

ff) Unterrichtung des Betroffenen bei der Nutzung von Anschriftendaten (Nr. 4)

Sofern Anschriftendaten zur Berechnung eines Scorewertes genutzt werden, ist der Betroffene hierüber von der verantwortlichen Stelle zu unterrichten, § 28b Nr. 4 BDSG. Es handelt sich um eine „aktive Informationspflicht".[898] Die Unterrichtung in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist ausreichend.[899] Sie ist von der verantwortlichen Stelle zu dokumentieren, damit die zuständige Aufsichtsbehörde die Erfüllung der Unterrichtungspflicht in jedem Einzelfall nachvollziehen kann.[900]

---

897 *Barron/Staten*, in: Miller, Credit Reporting Systems and the international Economy 2003, 273 (304 ff.).

898 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 74.

899 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 16.

900 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 77.

gg) Effektivitäts- und Effizienzanalyse

(1) Effektivität

Bei § 28b BDSG handelt es sich nicht um eine Erlaubnisnorm. Die Vorschrift legt vielmehr Anforderungen fest, denen die Scorewertberechnung in Deutschland genügen muss, um zulässig zu sein. Eine wesentliche Voraussetzung ist der Einsatz eines „wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens“ zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswertes. Welche Methode eingesetzt wird, bleibt den Wirtschaftsauskunfteien überlassen. Das Gesetz ist insoweit methodenneutral. Auch die Art der Daten, die zulässigerweise genutzt werden dürfen, ist nicht beschränkt. Allerdings gewährleistet die Vorschrift des § 28b Nr. 1 BDSG durch das Erfordernis der „nachweisbaren Erheblichkeit“, dass nur Daten zur Scorewertberechnung genutzt werden, denen ein statistischer Aussagewert über das potentielle Zahlungsverhalten einer Person oder eines Unternehmens zu entnehmen ist. Damit stellt die Vorschrift die Verwendung statistisch aussagekräftiger Daten sicher. Unrichtige oder nicht mehr aktuelle Daten können für die Scorewertberechnung ohnehin nicht erheblich sein, ihnen kommt kein statistischer Aussagewert zu. Die Methodenneutralität des Gesetzes ist somit kein Einfallstor für unrichtige Scorewerte. Stattdessen werden durch § 28b BDSG aussagekräftige Scorewerte gefördert, indem die zulässigen Datenarten nicht beschränkt werden. Die Verwendung von Daten zu Alter, Wohnort oder sonstigen unter Umständen diskriminierungsgeeigneten Merkmalen zur Scorewertberechnung könnte gesetzlich ausgeschlossen werden, wenn dies rechtspolitisch gewollt ist. Entsprechende Reformvorschläge wurden bereits unterbreitet.[901]

Die Verwendung dieser Daten führt für sich genommen aber nicht zu unrichtigen Scorewerten. Unrichtige Scorewerte treten auf, wenn ihrer Berechnung unrichtige oder nicht mehr aktuelle Daten zugrunde gelegt werden. Die Erlaubnisnorm des § 28b BDSG sieht keine Kontrolle der Datenqualität vor. Wie bereits festgestellt sind Wirtschaftsauskunfteien ohne Mitwirkung der einmeldenden Stellen und des Betroffenen nicht in der Lage, die Richtigkeit und Aktualität der bei ihnen vorhandenen Daten zu kontrollieren. Möglich ist aber ein System von (Stichproben-)Kontrollen, bei denen die einmeldende Stelle und der

---

[901] Gesetzesentwurf der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Scoringänderungsgesetz, BT-Drucks. 18/4864, 8.5.2015, S. 3.

Betroffene einbezogen werden. Derzeit verhindert die Vorschrift das Auftreten unrichtiger Scorewerte nicht effektiv.
Auch aussagekräftige Scorewerte werden durch die Vorschrift nicht effektiv gewährleistet. Zwar lässt die Vorschrift alle Datenarten zur Scorewertberechnung zu, wodurch die Aussagekraft der Scorewerte gefördert wird, aber es wird nicht sichergestellt, dass Scorewerte tatsächlich auf einer ausreichenden Datenbasis erstellt werden. So kommt es in der Praxis zu Fällen, in denen schlechte Scorewerte nur auf ein einziges negatives Merkmal zu einer Person gestützt werden.[902] Die Aussagekraft solcher (willkürlicher) Scorewerte ist zweifelhaft. Auch § 28b Nr. 3 BDSG stellt nicht sicher, dass eine ausreichende Datengrundlage zur Berechnung verwendet wird. Die Vorschrift schließt nur aus, dass ausschließlich Anschriftendaten zur Scorewertberechnung genutzt werden. Für andere Daten fehlt eine entsprechende Regelung, sodass das Gesetz Scorewertberechnungen sogar aufgrund eines einzigen Datums zulässt – außer es handelt sich nur um Anschriftendaten. Zwar ist den Wirtschaftsauskunfteien selbst daran gelegen, eine möglichst breite Datenbasis zu einer Person oder einem Unternehmen für die Scorewertberechnung zu nutzen, um wettbewerbsfähige Scorewerte zu berechnen. Gerade der Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsauskunfteien wird Wirtschaftsauskunfteien jedoch im Einzelfall dazu verleiten, Scorewerte auf kleiner Datenbasis zu berechnen statt zugeben zu müssen, dass keine ausreichende Datenmenge zur Scorewertberechnung vorhanden ist. Die gesetzliche Festlegung einer Mindestanzahl von Daten zur Scorewertberechnung wäre unproblematisch möglich. Welche Anzahl an Daten mindestens nötig ist, um einen aussagekräftigen Scorewert zu berechnen, ist vom Gesetzgeber in Zusammenarbeit mit Sachverständigen zu ermitteln.

(2) Effizienz

(a) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen

Für das externe Scoring ist die Vorschrift des § 28b BDSG für (Kredit-) Unternehmen effizient, sie werden weder berechtigt noch verpflichtet. Anders ist dies beim internen Scoring. Führen die (Kredit-)Unternehmen die Scorewertberechnung nämlich selbst durch, sind sie an die Vorgaben des § 28b

[902] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 7.4.2015, Az.: 24 U 82/14, ZD 2015, 335 f.

BDSG gebunden und müssen den Personal-, Finanz- und Verwaltungsaufwand zu ihrer Erfüllung tragen. Für die vorliegende Untersuchung des externen Scoring ist die Vorschrift aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen jedoch als effizient einzustufen.

(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien

Die Wirtschaftsauskunfteien sind durch § 28b BDSG zur Einhaltung einer Reihe von Pflichten angehalten. Einige Anforderungen, wie der Einsatz eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens und die Verwendung erheblicher Daten, bedeuten für die Wirtschaftsauskunfteien keinen zusätzlichen Personal-, Finanz- und Verwaltungsaufwand. Vielmehr werden die ohnehin zur Scorewertberechnung benötigten Verfahren einfach den gesetzlichen Vorgaben entsprechend entwickelt bzw. betrieben. Zusätzlicher Personal-, Finanz- und Verwaltungsaufwand wird jedoch durch die Dokumentationspflicht hinsichtlich der nachweisbaren Erheblichkeit, § 28b Nr. 1 BDSG, der zur Scorewertberechnung verwendeten Daten ausgelöst und durch die Unterrichtungs- und Dokumentationspflicht bei der Nutzung von Anschriftendaten, § 28b Nr. 4 BDSG. Die Dokumentationspflichten dienen der Ermöglichung der Kontrolltätigkeit der Aufsichtsbehörden, die Unterrichtungspflicht dem Schutz des Betroffenen. Da es sich um Zwecke handelt, die zumindest mittelbar der Förderung richtiger und aussagekräftiger Scorewerte dienen, könnte im Hinblick auf die Effektivität von der Effizienz der Vorschriften auszugehen sein. Allerdings fehlt es den datenschutzrechtlichen Aufsichtbehörden derzeit angesichts der angespannten Personalsituationen an Ressourcen, um die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften effektiv zu kontrollieren. Außerdem ist zu befürchten, dass der Schutz des Betroffenen durch die Unterrichtung nahezu leerläuft, wenn diese in allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt, die dieser regelmäßig nicht bewusst zur Kenntnis nehmen wird wird. Demnach führen die Dokumentations- und Unterrichtungspflichten des § 28b BDSG dazu, dass die Vorschrift aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien insgesamt nicht effizient ist.

(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen

Der Betroffene wird durch die Vorschrift nicht unmittelbar zum Handeln verpflichtet. Allerdings verhindert § 28b BDSG mangels Kontrollen der Datenqualität nicht effektiv unrichtige Scorewerte und gewährleistet auch nicht aussagekräftige Scorewerte. Um richtige Scorewerte zu seiner Person sicherzustellen, ist der Betroffene daher auf die Wahrnehmung seiner Betroffenenrechte angewiesen. Aus der Sicht des Betroffenen ist die Vorschrift somit nicht effizient.

5. Übermittlung des Scorewertes an das anfragende (Kredit-)Unternehmen (Phase IV)

Nach der Scorewertberechnung in Phase III erfolgt in Phase IV die Übermittlung des errechneten Scorewertes durch die Wirtschaftsauskunfteien an das anfragende (Kredit-)Unternehmen. Diese Arbeit untersucht die Effektivität und Effizienz der bestehenden Vorschriften zum externen Scoring im Hinblick auf die Verhinderung unrichtiger und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte. In Phase IV und V ist der Scorewert bereits berechnet und wird „nur" noch übermittelt bzw. zur Vertragsentscheidung genutzt. Mit anderen Worten: Diese Phasen sind nicht (mehr) geeignet, präventiv aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten und unrichtige zu verhindern, da das sprichwörtliche Kind zu diesem Zeitpunkt bereits in den Brunnen gefallen ist. Allerdings können in diesen Phasen Maßnahmen ergriffen werden, die Transparenz herstellen und es den Wirtschaftsauskunfteien, deren Kunden und vor allem dem Betroffenen ermöglichen, die Unrichtigkeit errechneter Scorewerte zu erkennen und hiergegen vorzugehen.

a) Erlaubnisnormen § 29 Abs. 2 und § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG

Die Vorschrift des § 29 Abs. 2 BDSG greift als Erlaubnisnorm für die Übermittlung des durch eine Wirtschaftsauskunftei errechneten Scorewertes an das anfragende (Kredit-)Unternehmen.[903] Die Zulässigkeit der Übermittlung von Daten im Rahmen von Bonitätsauskünften folgt nicht bereits aus der Zulässigkeit der vorherigen Phasen der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung und

[903] *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 222.

wird auch nicht durch diese indiziert.[904] Erforderlich ist eine Einzelfallabwägung im Hinblick auf den konkreten Empfänger der Daten und die Umstände zum Übermittlungszeitpunkt.[905] Die Vorschrift legt zwei Übermittlungsvoraussetzungen fest, die kumulativ erfüllt sein müssen.[906] 1. muss der Dritte, dem die Daten übermittelt werden, ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Daten glaubhaft dargelegt haben, § 29 Abs. 2 Nr. 1 BDSG. 2. darf kein Grund zu der Annahme bestehen, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat, § 29 Abs. 2 Nr. 2 BDSG. Das berechtigte Interesse des Datenempfängers besteht nur, wenn und insoweit die Kenntnisnahme für die Ziele und Zwecke des Empfängers erforderlich ist.[907] Es fehlt, wenn der Empfänger die angefragten Daten nicht benötigt.[908] Scorewertübermittlungen zur Erfüllung rein privater Interessen sind daher nur in engen Grenzen zulässig. Besteht das Anfrageinteresse etwa nur in der Neugierde bezüglich der finanziellen Verhältnisse des Nachbarn oder des neuen Freundes der Tochter, ist die Übermittlung mangels eines berechtigten Empfängerinteresses unzulässig. Die Wirtschaftsauskunfteien müssen das tatsächliche Vorliegen eines glaubhaft dargelegten berechtigten Interesses der anfragenden Stelle nicht überprüfen, es sei denn, es liegen berechtigte Zweifel am Vorliegen der Voraussetzung vor.[909] Das dargelegte berechtigte Interesse der Datenempfänger ist von den Wirtschaftsauskunfteien, im automatisierten Verfahren auch von dem Datenempfänger selbst, zu protokollieren, § 29 Abs. 2 S. 3, 4 BDSG. Um die Rechtssicherheit im Massengeschäft der Bonitätsauskünfte zu wahren, legt das Gesetz den Wirtschaftsauskunfteien für das automatisierte Abrufverfahren außerdem die Pflicht auf, das Vorliegen des berechtigten Interesses stichprobenartig zu überprüfen, § 29 Abs. 2 S. 5 BDSG.[910] Auch die Durchführung dieser Stichproben ist zu protokollieren.[911] Ob das Gesetz durch diese Maßnahmen unberechtigte Übermittlungen in der Praxis verhindern kann, ist zweifelhaft.[912]

---

904 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 211.

905 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 211; *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 25.

906 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 29, Rn. 82; *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 217.

907 BGH, Urt. v. 22.5.1984, Az.: VI ZR 105/82, NJW 1984, 1886 (1887).

908 BGH, Urt. v. 22.5.1984, Az.: VI ZR 105/82, NJW 1984, 1886 (1887); OLG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2002, Az.: 2 U 103/02, NJW-RR 2003, 1410 (1411).

909 *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 28.

910 *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 28.

911 *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 29.

912 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 225 ff.

Hinsichtlich der Zweckbindung der Daten ist die Wirtschaftsauskunftei gemäß § 29 Abs. 4 i. V. m. § 28 Abs. 5 S. 3 BDSG verpflichtet, den Datenempfänger zu informieren.[913]
Auf Seiten der (Kredit-)Unternehmen ist die Annahme der übermittelten Scorewerte als Erhebung personenbezogener Daten einzuordnen. Hierfür ist die Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG einschlägig.

aa) Informationspflicht, § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG

Die Vorschrift des § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG sieht für die Stellen eine Benachrichtigungspflicht über die erste Datenübermittlung vor, wenn diese personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zwecke der Übermittlung speichern.[914] Bei der erstmaligen Übermittlung von Daten über einen Betroffenen sind Wirtschaftsauskunfteien daher zur Information des Betroffenen über die Übermittlung und die Art der übermittelten Daten sowie – soweit der Betroffene nach den Umständen des Einzelfalls nicht mit der Übermittlung an diese rechnen muss – über die Kategorien von Empfängern verpflichtet. Die Benachrichtigungspflicht entfällt, wenn personenbezogene Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen wurden, wo der Betroffene sie selbst veröffentlicht hat oder wenn die Daten listenmäßig zusammengefasst sind und eine Benachrichtigung aufgrund der Vielzahl betroffener Fälle unverhältnismäßig ist, § 33 Abs. 2 Nr. 8 lit. a, b BDSG. Ferner entfällt die Benachrichtungspflicht, wenn der Betroffene bereits anderweitig Kenntnis erlangt hat, § 33 Abs. 2 Nr. 1 BDSG. Die Benachrichtigungspflicht wird nicht durch die Speicherung personenbezogener Daten ausgelöst, sondern durch deren erstmalige Übermittlung.[915] Daher ist es Wirtschaftsauskunfteien möglich, bereits einen umfassenden Datenpool zu einem Betroffenen zu speichern, bevor dieser überhaupt Kenntnis von der Speicherung erhält.[916] Sind die gespeicherten Daten unrichtig oder nicht mehr aktuell, bleibt dem Betroffenen vor deren erstmaligen Übermittlung mangels Kenntnis keine Möglichkeit, seine Betroffenenrechte geltend zu machen.[917] Die Folge ist, dass die Übermittlung unrichtiger oder nicht mehr

913 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 236.
914 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 23.
915 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 23.
916 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 33, Rn. 2.
917 *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 25.

aktueller Daten und damit auch unrichtiger Scorewerte durch die Benachrichtigungspflicht des § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG nicht verhindert wird.
Inhaltlich muss die Benachrichtigung nicht jedes einzelne Datum aufführen, sondern nur die Art der übermittelten Daten nennen.[918] Nach der ersten Übermittlung besteht die Benachrichtigungspflicht nur noch für die erstmalige Übermittlung anderer Datenarten. Aus der Benachrichtigung muss zudem die Identität der Wirtschaftsauskunftei hervorgehen, das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Pflicht.[919] Ferner ist über die Kategorien von Empfängern zu informieren, wenn sich diese nicht aus den Umständen des Einzelfalls ergeben. Eine Identifikation der konkreten Empfänger ist nicht erforderlich.[920] Hinsichtlich der Form der Benachrichtigung besteht kein Unterschied zu der Benachrichtigungspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG.[921]

bb) Effektivitäts- und Effizienzanalyse

(1) Effektivität

Die Erlaubnisnorm des § 29 Abs. 2 BDSG sieht keine Kontrolle der Richtigkeit des übermittelten Scorewertes vor. Da entscheidend für die Richtigkeit eines Scorewertes jedoch die Richtigkeit und Aktualität der zur Berechnung des Scorewertes verwendeten Datenbasis ist, sollte eine entsprechende Kontrolle der Datenqualität auch bereits vor der Berechnung des zu übermittelnden Scorewertes stattfinden. Die Erlaubnisnorm selbst sieht keine Information des Betroffenen über die Übermittlung eines Scorewertes zu seiner Person vor. Allerdings greift die allgemeine Benachrichtigungspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG bei der erstmaligen Übermittlung einer Datenart ein. Aus dieser Benachrichtigung müssen jedoch weder die konkret übermittelten Daten noch die konkreten Empfänger der Daten hervorgehen. Ausreichend ist die Information des Betroffenen über Datenarten und Kategorien von Empfängern. Die Informationspflicht ist daher nicht geeignet, den Betroffenen über unrichtige oder nicht mehr aktuelle Daten zu seiner Person zu informieren. Sie kann lediglich als

---

[918] *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 30.
[919] *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 30.
[920] *Dix*, in: Simitis, § 33, Rn. 30.
[921] Siehe 2. Teil C. II. 2. a) aa) (1) (h) (bb).

Anstoß für den Betroffenen dienen, sein Selbstauskunftsrecht gemäß § 34 Abs. 4 BDSG gegenüber den Wirtschaftsauskunfteien geltend zu machen und ggf. weitere Rechte zur Gewährleistung richtiger und aktueller Daten auszuüben. Die Vorschrift trägt somit nicht effektiv zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte bei.

(2) Effizienz

(a) Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen

Die (Kredit-)Unternehmen müssen zum Empfang der Datenübermittlungen ihr berechtigtes Interesse glaubhaft darlegen. Das glaubhaft dargelegte berechtigte Interesse der datenempfangenden Stelle wird im alltäglichen Massengeschäft der Bonitätsauskünfte jedoch vermutet. Die Datenempfänger sind lediglich gemäß § 29 Abs. 2 S. 4 BDSG im automatisierten Abrufverfahren zur Aufzeichnung ihres berechtigten Interesses verpflichtet. Die gesetzliche Forderung nach einem berechtigten Interesse des Datenempfängers ist nicht geeignet, effektiv unrichtige Scorewerte zu verhindern oder aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten. Allerdings wird hierdurch verhindert, dass richtige oder unrichtige Scorewerte zu einer Person oder einem Unternehmen in die falschen Hände geraten. Die Regelung ist daher zu begrüßen und auch die Aufzeichnung des Interesses, um Kontrollen durch die zuständigen Aufsichtsbehörden zu ermöglichen, ist zu befürworten. Dennoch entsteht für die (Kredit-)Unternehmen durch die Aufzeichnungspflicht im automatisierten Abrufverfahren Personal-, Finanz- und Verwaltungsaufwand. Eine Protokollierung des eigenen berechtigten Interesses wird jedoch keinen unverhältnismäßigen Aufwand für die (Kredit-)Unternehmen erzeugen. Dieser ist im Hinblick auf das damit verfolgte Ziel außerdem angemessen. Aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen kann die Vorschrift daher als effizient bezeichnet werden.

(b) Effizienz aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien

Die Wirtschaftsauskunfteien sind bei der Übermittlung der Scorewerte an (Kredit-)Unternehmen an die Übermittlungsvoraussetzungen des § 29 Abs. 2 BDSG gebunden. Allerdings müssen sie das Vorliegen der Voraussetzungen im

Tagesgeschäft nur bei konkreten Anhaltspunkten für ein mangelndes berechtigtes Interesse des Datenempfängers bzw. für ein entgegenstehendes Interesse des Betroffenen nachprüfen. Personal-, Finanz- und Verwaltungsaufwand werden durch die Pflicht gemäß § 29 Abs. 2 S. 3 BDSG zur Aufzeichnung der Gründe für ein berechtigtes Interesse des Datenempfängers und der Art und Weise ihrer glaubhaften Darlegung ausgelöst. Diese Aufzeichnungspflicht besteht für Auskunfteien jedoch nur abseits des automatisierten Abrufverfahrens. Außerdem sind die Wirtschaftsauskunfteien gemäß § 29 Abs. 2 S. 5 i. V. m. § 10 Abs. 4 BDSG im automatisierten Abrufverfahren zur Durchführung von Stichprobenverfahren, auch hinsichtlich des Vorliegens eines berechtigten Interesses, verpflichtet. Diese Pflicht ist zur Gewährleistung eines vertraulichen und systemkonformen Umgangs mit Scorewerten zu begrüßen. Neben der Richtigkeit und Aktualität des Scorewertes sollte allen beteiligten Akteuren auch daran gelegen sein, dass Scorewerte auch wirklich zur Bestimmung des Kreditrisikos eines potentiellen Vertragsverhältnisses genutzt werden. Die stichprobenartige Überprüfung der Datenübermittlungen im automatisierten Abrufverfahren und des Vorliegens von berechtigtem Interesse ist geeignet, dies sicherzustellen. Der zusätzliche Aufwand für die Wirtschaftsauskunfteien ist dem damit verfolgten Ziel angemessen. Allerdings ist bei den Stichprobenverfahren keine Überprüfung der Richtigkeit und Aktualität der übermittelten Daten vorgesehen.
Bei der erstmaligen Übermittlung einer Datenart müssen die Wirtschaftsauskunfteien die Benachrichtigungspflicht gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG erfüllen. Diese leistet keinen effektiven Beitrag zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte oder zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte. Insgesamt ist die Erlaubnisnorm in Verbindung mit der Benachrichtigungspflicht aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien nicht effizient.

(c) Effizienz aus der Sicht des Betroffenen

Der Betroffene wird durch die Erlaubnisnorm des § 29 Abs. 2 i. V. m. der Informationspflicht nach § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG nicht effektiv vor unrichtigen Scorewerten zu seiner Person geschützt. Er ist deshalb auf die Geltendmachung seiner Betroffenenrechte angewiesen. Dies ist für den Betroffenen mit teils erheblichem Aufwand verbunden. Aus der Sicht des Betroffenen ist die Vorschrift daher nicht effizient.

b) Einwilligung

Die Übermittlung des Scorewertes an das anfragende (Kredit-)Unternehmen kann auch auf die Einwilligung des Betroffenen gestützt werden.[922] Dies setzt voraus, dass zuvor eine wirksame Einwilligung für die Datenübermittlung eingeholt wurde. Im Fall der Legitimierung der Übermittlung durch Einwilligung (sog. *SCHUFA*-Klausel) entfällt die Benachrichtigungspflicht des § 33 Abs. 1 S. 2 BDSG, da der Betroffene bereits im Rahmen der Einwilligungserteilung bei der Erhebung bonitätsrelevanter Daten Kenntnis von der Speicherung und Übermittlung durch Wirtschaftsauskunfteien erhalten hat, § 33 Abs. 2 Nr. 1 BDSG.[923] Die Effektivität und Effizienz der Einwilligung zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte ist ebenso zu beurteilen wie in den vorherigen Phasen der Scorewertberechnung. Zu ergänzen ist, dass der Scorewert, der in Phase IV an (Kredit-)Unternehmen übermittelt wird, aller Wahrscheinlichkeit nach nicht nur aus direkt beim Betroffenen erhobenen Daten berechnet wurde, sodass die Einwilligung schon aus diesem Grund keine Gewähr für die Richtigkeit und Aktualität der zur Scorewertberechnung genutzten Daten liefert.

6. Verarbeitung und Nutzung des beauskunfteten Scorewertes durch das (Kredit-)Unternehmen im Rahmen der Entscheidung über einen Vertragsschluss (Phase V)

In der abschließenden Phase V wird der durch eine Wirtschaftsauskunftei errechnete und übermittelte Scorewert durch das anfragende (Kredit-)Unternehmen zur Entscheidung über das *Ob* und *Wie* eines Vertragsschlusses genutzt. Als Datenempfänger muss zugunsten der (Kredit-)Unternehmen eine Erlaubnisnorm oder wirksame Einwilligung des Betroffenen zur Erhebung und Nutzung der an sie übermittelten Scorewerte vorliegen, § 4 Abs. 1 BDSG.[924] Die einschlägige Erlaubnisnorm ist in aller Regel § 28 Abs. 1 BDSG.[925] Die Vorschrift, die auch in Phase I und II als Erlaubnisnorm für (Kredit-)Unternehmen eingreift, ist in dieser letzten Phase des Scoring nicht geeignet, unrichtige

---

922 *Gola/Schomerus*, § 29, Rn. 25.

923 *Schaffland/Wiltfang*, § 33 Rn. 54.

924 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 237.

925 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 237.

Scorewerte effektiv zu verhindern und aussagekräftige Scorewerte effektiv zu gewährleisten. Kontrollpflichten hinsichtlich der Datenqualität sieht die Norm nicht vor. Diese wären bei einem bereits errechneten Scorewert auch schwerlich durchzuführen. Insbesondere bedarf die Kontrolle der Richtigkeit und Aktualität der zur Scorewertberechnung genutzten Daten einer Zusammenarbeit mit dem Betroffenen.

a) Verbot der automatisierten Einzelentscheidung, § 6a BDSG

Die Nutzung des extern errechneten Scorewertes zur Vertragsentscheidung wird ferner durch § 6a BDSG begrenzt.[926] Die Vorschrift soll verhindern, dass negative Entscheidungen für den Betroffenen ausschließlich auf automatisierte, also technische Verfahren gestützt werden.[927] Gemäß § 6a Abs. 1 S. 2 BDSG liegt eine ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung gestützte Entscheidung vor, wenn keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat. Die Gesetzesbegründung sieht noch schärfere Anforderungen vor. Sie fordert, dass dem automatisierten Verfahren nicht nur eine formale Betrachtung durch einen Menschen nachgeschaltet wird, der nicht die Befugnis oder Datengrundlage besitzt, um von der automatisierten Entscheidung abzuweichen.[928]
Scorewerte werden von den Wirtschaftsauskunfteien in automatisierten Verfahren errechnet. Sofern sich die anschließende Vertragsentscheidung des anfragenden (Kredit-)Unternehmens ausschließlich auf diesen Scorewert stützt, ist sie gemäß § 6a Abs. 1 BDSG unzulässig. Es sei denn, die Interessen des Betroffenen werden durch „geeignete Maßnahmen“ gewahrt und der Betroffene wird über die rein automatisierte Entscheidung und auf Verlangen über ihre wesentlichen Gründe informiert, § 6a Abs. 2 BDSG. Was genau solche geeigneten Maßnahmen sind, lässt das Gesetz offen.[929] In der Gesetzesbegründung wird darauf abgestellt, ob der Betroffene die Gelegenheit erhält, seinen Standpunkt geltend zu machen.[930] Ob eine Vertragsentscheidung, in deren Rahmen

---

926 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (363).

927 *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 6a, Rn. 1.

928 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 10 f.

929 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 26.

930 BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 11.

ein Scorewert genutzt wird, unter § 6a Abs. 1 BDSG fällt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Es ist kaum denkbar, dass ein Kreditinstitut einen Grundstückskredit allein aufgrund eines Scorewertes vergeben würde, es werden vielmehr auch andere Faktoren wie bestehende Sicherheiten und das Einkommen berücksichtigt.[931] Außerdem wird die Entscheidung über einen Kreditvertrag durch die institutsinternen Vergaberichtlinien bestimmt.[932] Anders ist dies jedoch bei Massengeschäften im Online-Versandhandel[933], wo die Händler daher eine Äußerungsmöglichkeit für den Betroffenen schaffen müssen.[934] In der Praxis wird es wegen der unterschiedlichen Anforderungen an ein rein automatisiertes Verfahren im Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung zu Unsicherheiten bei der Anwendung des § 6a BDSG kommen.[935]
Für die Verhinderung unrichtiger und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte kommt § 6a BDSG insoweit Bedeutung zu, als die Informationspflicht des § 6a Abs. 2 Nr. 2 BDSG über die automatisierte Entscheidung Transparenz für den Betroffenen schaffen kann und diesen zur Einholung einer Selbstauskunft gemäß § 34 BDSG veranlassen kann. Stellt der Betroffene auf diesem Wege fest, dass unrichtige oder nicht aktuelle Daten über ihn gespeichert sind und für die Scorewertberechnung verwendet wurden, könnte er Berichtigung verlangen. § 6a BDSG ist somit nur mittelbar und nur in den Fällen, in denen eine Vertragsentscheidung ausschließlich auf einem automatisierten Verfahren beruht, geeignet, einen Beitrag zur Verhinderungen unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte zu leisten.

b) Unterrichtungspflicht bei Vertragsablehnung, § 29 Abs. 7 BDSG

Die Unterrichtungspflicht des § 29 Abs. 7 BDSG verpflichtet (Kredit-)Unternehmen, Verbraucher zu unterrichten, wenn ein Vertragsabschluss über ein Verbraucherdarlehen oder eine entgeltliche Finanzierungshilfe aufgrund einer negativen Bonitätsauskunft durch eine Wirtschaftsauskunftei abgelehnt wird. Die Unterrichtungspflicht greift allerdings nur ein, wenn die Ablehnung des Vertrages allein aufgrund der negativen Bonitätsauskunft und ohne weitere Prüfung er-

931 *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (51).
932 *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (51).
933 *Born*, ZD 2015, 66 (69).
934 *Abel*, RDV 2009, 147 (148).
935 *Hoeren*, VuR 2009, 363 (363).

folgt.[936] Dies wird in der Praxis vor allem im (Online-)Handel, selten jedoch bei Geschäften mit Kreditinstituten vorkommen.[937] Die Vorschrift passt nicht in die Dogmatik des Datenschutzrechts.[938] Sie regelt Verbraucherschutz und nicht Datenschutz. Mit ihr wird Art. 7 der Verbraucherkreditrichtlinie[939] in deutsches Recht umgesetzt.[940] Die Vorschrift verpflichtet alle (Kredit-)Unternehmen, die Bonitätsauskünfte im Rahmen der Entscheidung über einen Kreditvertrag oder eine entgeltliche Finanzierungshilfe mit einem Verbraucher nutzen. Die ausdrückliche Bezugnahme auf Verbraucher ist dem BDSG fremd.[941] Da § 29 BDSG die Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen durch Wirtschaftsauskunfteien und nicht durch (Kredit-)Unternehmen regelt, ist die Unterrichtungspflicht in Abs. 7 auch systematisch falsch geregelt.[942] Erlaubnisnorm für den Datenumgang der (Kredit-)Unternehmen im Rahmen des Scoring ist vielmehr § 28 BDSG.

D. Berichtigungs-, Löschungs- und Sperrungspflichten der Wirtschaftsauskunfteien

Es bestehen Berichtigungs-, Löschungs- und Sperrungspflichten der Wirtschaftsauskunfteien bezüglich der von ihnen gespeicherten und zur Scorewertberechnung genutzten personenbezogenen Daten. Diese sind in § 35 BDSG geregelt. Sie gelten nicht nur für Wirtschaftsauskunfteien, sondern für alle nach dem BDSG verantwortlichen Stellen[943], sodass die folgenden Ausführungen entsprechend auch für die Vertragspartner der Wirtschaftsauskunfteien gelten, die Daten zu Zwecken des Scoring speichern.

---

936 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 245.

937 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 245; BT-Drucks. 16/11643, 21.1.2009, S. 67.

938 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 18, 245.

939 RL-EG 2008/48/EG, ABl. EU Nr. L 133/66 v. 22.5.2008.

940 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 245.

941 *Hoeren*, RDV 2007, 93 (97).

942 *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 245.

943 *Dix*, in: Simitis, § 35, Rn. 1.

I. Unrichtige Daten

Um das Ziel der Verhinderung unrichtiger Scorewerte zu erreichen, ist vor allem erforderlich, dass bei den Wirtschaftsauskunfteien vorhandene, unrichtige und nicht aktuelle Daten berichtigt oder gelöscht werden, damit sie nicht zur Berechnung von Scorewerten herangezogen werden. Ein vom Bundesministerium für Landwirtschaft, Ernährung und Verbraucherschutz in Auftrag gegebener Bericht aus dem Jahr 2009 kam in einer Stichprobe zu dem Ergebnis, dass 45 % der bei der *SCHUFA* gespeicherten Daten fehlerhaft, unvollständig oder falsch sind.[944] Eine Online-Umfrage des Verbraucherzentrale Bundesverbands e. V. im Jahr 2011 – nach der Einführung der neuen Vorschriften zum Scoring – wies sogar eine Fehlerquote von 51 % aus.[945] Eine Stichprobe des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein und der GP-Forschungsgruppe aus dem Jahr 2014 ermittelte bei der *SCHUFA* für die Geschäftsjahre 2012/2013 einen Anteil fehlerhafter, unvollständiger oder falscher Daten von 26,5 %.[946] Anzumerken ist, dass nur der niedrigste der genannten Fehlerwerte zwischen 26,5 und 51 % auf eine repräsentative Studie zurückgeht.[947] Dennoch bilden die Ergebnisse die Realität des Vorhandenseins unrichtiger Scorewerte in den Datensätzen der Wirtschaftsauskunfteien ab.

Die Speicherung unrichtiger Daten ist datenschutzrechtlich unzulässig.[948] Gemäß § 35 Abs. 1 BDSG sind unrichtige personenbezogene Daten zu berichtigen. Ist eine Berichtigung nicht möglich, sind die unzulässig gespeicherten Daten nach § 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG zu löschen.[949] An die Stelle der Löschung tritt die Sperrung der Daten, wenn einer der Gründe des § 35 Abs. 3 Nr. 1 (Aufbewahrungspflicht), Nr. 2 (schutzwürdige Interessen des Betroffenen) oder Nr. 3 (unverhältnismäßig hoher Löschungsaufwand) vorliegt. Lässt sich nach dem Bestreiten der Richtigkeit durch den Betroffenen die Unrichtigkeit der Da-

---

944 *Korczak/Wilken*, Bericht Verbraucherinformation Scoring, München Juni 2009, S. 14.

945 Pressemitteilung des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Umfrage: Auskunfteien geben mangelnde Auskunft, 18.6.2011, http://www.vzbv.de/pressemitteilung/umfrage-auskunfteien-geben-mangelnde-auskuenfte (zuletzt abgerufen am 3.1.2016).

946 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 101.

947 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 96.

948 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 35, Rn. 25; *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 170.

949 *Stollhoff*, in: Auernhammer, § 35, Rn. 26.

ten nicht feststellen, sind diese zu sperren, § 35 Abs. 4 BDSG. Für die Praxis der Wirtschaftsauskunfteien bedeutet dies, dass Daten bei Bestreiten des Betroffenen im Zweifel zu sperren sind. Die Tatsache der Sperrung darf dann nicht von den Wirtschaftsauskunfteien an anfragende (Kredit-)Unternehmen übermittelt werden, § 35 Abs. 4a BDSG. Im Falle der Berichtigung, Sperrung oder Löschung personenbezogener Daten müssen Wirtschaftsauskunfteien gemäß § 35 Abs. 7 BDSG die Stellen, an die sie die Daten bereits übermittelt haben, informieren, es sei denn, dies erfordert einen unverhältnismäßigen Aufwand und schutzwürdige Interessen des Betroffenen stehen entgegen. Es lässt sich nach alledem festhalten, dass ein ausreichender Rechtsrahmen für Berichtigungen, Löschungen und Sperrungen bereits besteht.

In der Praxis erhalten häufig weder der Betroffene noch die Wirtschaftsauskunfteien Kenntnis von der Unrichtigkeit der Daten. Dadurch kommt es zu hohen Fehlerquoten in den Datensätzen. Die Wirtschaftsauskunfteien allein können die gespeicherten Datensätze nicht zuverlässig auf deren Richtigkeit überprüfen. Um zuverlässige Ergebnisse zu erlangen, müssen die Vertragspartner der Wirtschaftsauskunfteien sowie die Betroffenen in die Überprüfung eingebunden werden. Nur diese besitzen Kenntnis darüber, ob ein Datum vollständig, richtig und aktuell ist. Eine effektive Durchsetzung der Löschungspflichten erfordert daher ein Kontrollsystem, in dem Wirtschaftsauskunfteien, deren Vertragspartner und die Betroffenen organisiert zusammenarbeiten.

II. Sonstige Daten

Für korrekte Daten legt das Gesetz keine Speicherhöchstdauer fest. Allerdings sind Wirtschaftsauskunfteien gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 4 BDSG am Ende des vierten Kalenderjahres – für erledigte Sachverhalte am Ende des dritten Kalenderjahres, soweit der Betroffene nicht widerspricht – beginnend mit dem Kalenderjahr nach der ersten Speicherung, verpflichtet, eine „Erforderlichkeitsprüfung“ zur weiteren Speicherung eines Datums durchzuführen.[950] Die Frist beginnt am 1.1. des Jahres nach der Speicherung eines Datums und endet, abhängig davon, ob es sich um einen erledigten Sachverhalt handelt oder nicht, drei oder vier Jahre später, d. h. am 31.12. des dritten oder vierten Jahres nach

[950] *Dix*, in: Simitis, § 35, Rn. 41.

dem Jahr der erstmaligen Speicherung.[951] Im Falle der erstmaligen Speicherung eines Merkmals zu Beginn eines Kalenderjahres vergehen daher beinahe vier bzw. fünf Jahre bis zur ersten Prüfung der Erforderlichkeit der weiteren Speicherung. Die Fristen können beinahe ein Jahr länger sein, als es nach der Lektüre des Gesetzestextes scheint. Fällt die Prüfung zugunsten der Erforderlichkeit der weiteren Speicherung aus, beginnt die Frist erneut zu laufen.[952]
Angesichts der Tatsache, dass viele Verträge, insbesondere Mobilfunk- und DSL-Verträge, eine kürzere Laufzeit als drei oder vier Jahre haben, sind die vom Gesetzgeber festgelegten Prüfungsfristen zu lang, um die Speicherung nicht mehr aktueller Daten effektiv zu verhindern.[953] Dabei kann es sich auch um Daten handeln, die negative Auswirkungen auf den Scorewert des Betroffenen haben.[954] Da das Gesetz keine weiteren Kontrollpflichten der Wirtschaftsauskunfteien vorsieht, wird die mangelnde Aktualität der Daten ihnen nur bekannt, wenn bei eingemeldeten Daten die einmeldende Stelle ihre Nachberichtspflicht gemäß § 28a Abs. 3 BDSG wahrnimmt oder der Betroffene eine Selbstauskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten einholt und daraufhin von der Wirtschaftsauskunftei Berichtigung oder Löschung verlangt. Dass dieses System nicht funktioniert, zeigen die dargestellten Ergebnisse verschiedener Untersuchungen hinsichtlich der bei Wirtschaftsauskunfteien gespeicherten unrichtigen und nicht aktuellen Daten.
Die bestehenden Prüfungspflichten sind daher nicht geeignet, unrichtige Scorewerte zu verhindern und aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten und damit nicht effektiv. Effizient sind die Vorschriften aus der Sicht der Wirtschaftsauskunfteien auch nicht, da ihnen Prüfungspflichten auferlegt werden, die Personal-, Finanz und Verwaltungsaufwand erfordern. Das Hauptproblem ist aber, dass diese Prüfungspflichten keinen effektiven Schutz gegen unrichtige Scorewerte bieten. Wie schon gezeigt sind Wirtschaftsauskunfteien zur Kontrolle der Datenqualität auf die Zusammenarbeit mit den einmeldenden Stellen und dem Betroffenen angewiesen, da ihnen die nötigen Kenntnisse zur effektiven Kontrolle fehlen. Effektive Löschungspflichten sollten diese notwendige Zusammenarbeit regeln. Außerdem sind kürzere Zeiträume zwischen den Lö-

951 *Dix*, in: Simitis, § 35, Rn. 42.

952 *Dix*, in: Simitis, § 35, Rn. 42.

953 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 61.

954 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 61.

schungsprüfungen nötig, um das Auftreten nicht aktueller Daten in den Datenbeständen der Wirtschaftsauskunfteien zu verhindern. Dadurch würde zwar der Personal-, Kosten- und Verwaltungsaufwand der Wirtschaftsauskunfteien steigen, dies wäre aber durch eine höhere Effektivität der Regelungen zu rechtfertigen.

1. Merkmal der Restschuldbefreiung

Im Rahmen der Löschungspflichten beim Scoring sorgt der Umgang mit dem Merkmal der Restschuldbefreiung für Diskussionsstoff.[955] Die Wirtschaftsauskunfteien entnehmen die Information über die Erlangung der Restschuldbefreiung des Betroffenen am Ende der sechsjährigen Wohlverhaltensphase[956] den öffentlichen Bekanntmachungen der Insolvenzgerichte.[957] Diese Information wirkt sich in der Regel negativ auf den Scorewert eines Betroffenen aus.[958] Da es sich bei der Restschuldbefreiung um einen erledigten Sachverhalt handelt, verkürzt sich die Frist für die Überprüfung der Erforderlichkeit der weiteren Speicherung dieses Merkmals gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 4 BDSG auf drei Jahre, das Jahr der erstmaligen Speicherung nicht mitgezählt. Im Kern dreht sich die Diskussion zur Löschung des Merkmals der Restschuldbefreiung um die Frage, ob es interessengerecht ist, dass sich die Information über die Erlangung der Restschuldbefreiung noch Jahre später negativ auf die Kreditgewährung des Betroffenen auswirken kann, obwohl er die insolvenzrechtliche Wohlverhaltensphase erfolgreich absolviert hat und ihm hierdurch ein finanzieller Neuanfang ermöglicht werden soll. Nach § 3 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 1 InsIntBekV ist die öffentliche Bekanntmachung der Erteilung der Restschuldbefreiung im Internet sechs Monate nach der Entscheidung zu löschen. Diese Frist wird als Argument dafür genutzt, auch die Speicherung und Verarbeitung dieses Merkmals durch Wirtschaftsauskunfteien auf sechs Monate nach der Veröffentli-

---

955 *Gärtner/Tintemann*, VuR 2012, 54 ff.; *Johannsen*, ZVI 2013, 41 ff.; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 63 f.

956 §§ 287 ff. InsO.

957 *Gärtner/Tintemann*, VuR 2012, 54 (55); *Johannsen*, ZVI 2013, 41 (41); *Krämer*, NJW 2012, 3201 (3203).

958 *Gärtner/Tintemann*, VuR 2012, 54 (55); *Johannsen*, ZVI 2013, 41 (41).

chung der Bekanntmachung zu beschränken.[959] Diese Argumentation verkennt jedoch, dass die Information über ein durchlaufenes Insolvenzverfahren auch sechs Monate nach dessen Abschluss noch eine relevante Information über das bisherige Kreditverhalten des Betroffenen darstellt.[960] „Auskünfte, die geeignet sind, etwaige Kreditgeber zu einer sorgfältigen Bonitätsprüfung zu veranlassen, sind für das Kreditgewerbe erforderlich und müssen, wenn sie […] nicht den sensitiven persönlichen Bereich berühren, regelmäßig vom [B]etroffenen […] hingenommen werden, wenn er Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und die damit verbundene Kreditwürdigkeit […] in Anspruch nehmen will".[961] Die Restschuldbefreiung ermöglicht es dem Betroffenen zwar wieder frei am Wirtschaftsleben teilzunehmen, er kann jedoch nicht beanspruchen, genauso behandelt zu werden wie Personen, die nie von einer Insolvenz betroffen waren.[962] Das erfolgreiche Durchlaufen eines Insolvenzverfahrens ist für den Schuldner vorteilhaft, für dessen Gläubiger geht es jedoch mit erheblichen Einbußen einher.[963] Unbeantwortet bleibt die Frage, wie lange die Speicherung der Information über die Restschuldbefreiung für die Zwecke der Wirtschaftsauskunfteien und ihrer Vertragspartner erforderlich ist. Der Gesetzgeber[964] und die Rechtsprechung[965] überlassen die Beantwortung dieser Frage einzelfallabhängig den Wirtschaftsauskunfteien. Eine gesetzliche Festlegung könnte hier Rechtsunsicherheit verhindern und für eine einheitliche Praxis unter den Wirtschaftsauskunfteien sorgen.

---

959 LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 16.8.2012, Az.: 1 S 76/12, BeckRS 2014, 06747, Ziff. 2; *Gärtner/Tintemann*, VuR 2012, 54 (58).

960 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.12.2015, Az.: 1 U 128/15, BeckRS 2016, 00547, Rn. 13; KG Berlin, Urt. v. 7.2.2013, Az.: 10 U 118/12, ZD 2013, 189 (190); OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 22.10.2012, Az.: 4 U 190/11, BeckRS 2013, 22601; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 1.9.2009, Az.: 21 U 45/09, BeckRS 2012, 17802; LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 16.8.2012, Az.: 1 S 76/12, BeckRS 2014, 06747, Ziff. 4.

961 BGH; Beschl. v. 24.6.2003, Az.: VI ZR 3/03, NJW 2003, 2904 (2905).

962 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.12.2015, Az.: 1 U 128/15, BeckRS 2016, 00547, Rn. 16.

963 KG Berlin, Urt. v. 7.2.2013, Az.: 10 U 118/12, ZD 2013, 189 (190).

964 § 35 Abs. 2 Nr. 4 BDSG.

965 BGH, Beschl. v. 24.6.2003, Az.: VI ZR 3/03, NJW 2003, 2904 (2905).

2. Merkmal der Eintragung in das Schuldnerverzeichnis

Ähnlich verhält es sich mit der Speicherung der Information über die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis.[966] Gemäß § 882e Abs. 1 ZPO ist die Eintragung spätestens nach drei Jahren aus dem Schuldnerverzeichnis zu löschen. Für die Speicherung dieser Information durch Wirtschaftsauskunfteien ist jedoch die Vorschrift des § 35 Abs. 2 Nr. 4 BDSG vorranging, sodass es bei der Prüfung der Erforderlichkeit zur weiteren Speicherung drei Jahre nach dem Jahr der erstmaligen Speicherung bleibt. Dafür spricht, dass die Regelungen zum Schuldnerverzeichnis in der ZPO der Zwangsvollstreckung dienen, während das Schuldnerverzeichnis im Rahmen des Scoring den Wirtschaftsauskunfteien zur Kreditwürdigkeitsprüfung dient.[967] An der Kritik der mangelnden Effektivität der Löschungspflichten zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte ändert dies nichts.

E. Betroffenenrechte

Angesichts der mangelnden Effektivität der bisherigen Regelungen zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte ist die Möglichkeit zur effektiven Wahrnehmung der Betroffenenrechte von besonderer Bedeutung. Die Betroffenenrechte markieren außerdem den Rahmen, in dem (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien für die Berechnung und Verwendung unrichtiger Scorewerte gegenüber dem Betroffenen haften.

I. Berichtigungs- Löschungs- und Sperrungsanspruch

Parallel zu den Berichtigungs-, Löschungs- und Sperrungspflichten der verantwortlichen Stellen stehen dem Betroffenen gemäß § 35 BDSG Ansprüche auf Berichtigung, Löschung und Speicherung seiner personenbezogenen Daten gegen die verantwortliche Stelle zu. Die Ansprüche bestehen, wenn die im Rahmen der Pflichten dargestellten Voraussetzungen gegeben sind. Diese Betroffe-

---

966 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 61 ff.

967 OLG München, Urt. v. 13.10.1981, Az.: 5 U 2200/81, NJW 1982, 244 (245) (nicht rechtskräftig).

nenrechte können gemäß § 6 Abs. 1 BDSG nicht rechtsgeschäftlich ausgeschlossen oder beschränkt werden.

II. Auskunftsanspruch

Dem Betroffenen steht gemäß § 34 BDSG ein Anspruch auf Auskunftserteilung über die zu seiner Person gespeicherten Daten zu. Ohne diesen Anspruch erhielte der Betroffene oftmals gar keine Kenntnis über zu seiner Person gespeicherte unvollständige, unrichtige oder nicht mehr aktuelle Daten.[968] Die Benachrichtigungspflicht nach § 33 BDSG kann den Betroffenen zwar über das *Ob* einer Datenerfassung informieren, liefert jedoch keine konkreten Informationen zu den erhobenen, verarbeiteten und genutzten Einzeldaten.[969] Das Auskunftsrecht ist daher unverzichtbar, um dem Betroffenen die Geltendmachung weiterer Betroffenenrechte, etwa auf Berichtigung, Sperrung oder Löschung, zu ermöglichen.[970] In § 34 Abs. 1 BDSG ist ein allgemeiner Auskunftsanspruch gegen jede Stelle geregelt, die personenbezogene Daten speichert.[971] Dieser steht kumulativ neben den speziellen Auskunftsansprüchen zum Scoring.[972] § 34 Abs. 2 und 4 BDSG regeln die Auskunft des Betroffenen über Daten, die in eine Scorewertberechnung einfließen.[973] Beim Scoring werden die Daten des Betroffenen durch (Kredit-)Unternehmen und durch Wirtschaftsauskunfteien erhoben, verarbeitet und genutzt. Das Gesetz sieht für diese verschiedenen Anspruchsgegner in Ergänzung zu der Regelung des § 28b BDSG nach § 34 Abs. 2 und 4 BDSG unterschiedliche Anspruchsgrundlagen vor.[974] Die Auskunftsansprüche des Betroffenen sind rechtsgeschäftlich unabdingbar, § 6 Abs. 1 BDSG.[975] Verstöße der (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunf-

---

968 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 42.

969 *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, § 34, Rn. 3.

970 *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, § 34, Rn. 3; ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 42.

971 *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, § 34, Rn. 10; *Stollhoff*, in: Auernhammer, § 34, Rn. 18.

972 *Stollhoff*, in: Auernhammer, § 34, Rn. 34.

973 *Taeger*, Anmerkung zu BGH, Urt. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, MMR 2014, 492 (494).

974 *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 34, Rn. 50a.

975 *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, § 34, Rn. 10.

teien gegen die Auskunftspflichten sind gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 8a bis 8c BDSG bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeiten.

1. Auskunftsanspruch gegen (Kredit-)Unternehmen, § 34 Abs. 2 BDSG

Dem Betroffenen steht gemäß § 34 Abs. 2 BDSG ein Auskunftsanspruch gegen (Kredit-)Unternehmen zu, die Scorewerte im Rahmen der Vertragsentscheidung nutzen. Das Gesetz spricht von für die Entscheidung verantwortlichen Stellen, in den Fällen des § 28b BDSG. Der Anspruch ist sehr komplex und anwenderunfreundlich geregelt. Er verpflichtet die (Kredit-)Unternehmen, dem Betroffenen Auskunft zu erteilen über die in den letzten sechs Monaten erhobenen oder erstmalig gespeicherten Wahrscheinlichkeitswerte (Scorewerte), die zur Berechnung der Scorewerte genutzten Datenarten und in allgemein verständlicher Form über das Zustandekommen und die Bedeutung der Wahrscheinlichkeitswerte einzelfallbezogen und nachvollziehbar zu informieren, § 34 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 BDSG. Führen die (Kredit-)Unternehmen die Scorewertberechnung selbst durch (internes Scoring), müssen sie auch Auskunft erteilen, über anonym gespeicherte Daten, wenn bei der Berechnung ein Personenbezug hergestellt wird und über die fremdgespeicherten Daten, die zur Scorewertberechnung genutzt werden, § 34 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 BDSG.[976] Für den Fall des (teilweisen) externen Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien treffen § 34 Abs. 2 S. 3 bis 6 BDSG weitere Regelungen.[977] Die Wirtschaftsauskunfteien müssen den auskunftsverpflichteten (Kredit-)Unternehmen auf Verlangen alle Angaben übermitteln, die zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs erforderlich sind, § 34 Abs. 2 S. 3 BDSG. Hat eine Wirtschaftsauskunftei den für die Vertragsentscheidung genutzten Scorewert allein berechnet, können die (Kredit-)Unternehmen den Betroffenen gemäß 34 Abs. 2 S. 4 BDSG auch direkt an die Wirtschaftsauskunftei verweisen. Hierzu sind dem Betroffenen der Name, die Anschrift und andere zur Bezeichnung des Einzelfalls erforderliche Angaben mitzuteilen. Diese sind dann zur unentgeltlichen Auskunftserteilung im gleichen Umfang wie es die (Kredit-)Unternehmen wären, verpflichtet, § 34

976 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 35.

977 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 36.

Abs. 2 S. 5 BDSG.[978] Verweist ein (Kredit-)Unternehmen den Betroffenen direkt an eine Wirtschaftsauskunftei, ist letztere von ihrer Pflicht zur Übermittlung der Angaben nach § 34 Abs. 2 S. 3 BDSG befreit, § 34 Abs. 2 S. 6 BDSG.

2. Auskunftsanspruch gegen Wirtschaftsauskunfteien, § 34 Abs. 4 BDSG

Der Auskunftsanspruch gemäß § 34 Abs. 4 BDSG richtet sich gegen Wirtschaftsauskunfteien. Sie sind gemäß § 34 Abs. 4 S. 1 BDSG gegenüber dem Betroffenen verpflichtet zur kumulativen Auskunft über:

- Nr. 1: die innerhalb der letzten zwölf Monate übermittelten Wahrscheinlichkeitswerte (Scorewerte) des Betroffenen und die Namen und Anschriften der Dritten, an die sie übermittelt wurden.

Während § 34 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BDSG nur die Übermittlung der Scorewerte aus den letzten sechs Monaten fordert, geht der Auskunftsanspruch gegen die Wirtschaftsauskunfteien zeitlich weiter.[979] *Dix* erkennt keinen Grund für die unterschiedlichen Zeitspannen.[980] Allerdings kann die Auskunft bei (Kredit-) Unternehmen mehrmals jährlich unentgeltlich eingeholt werden, § 34 Abs. 8 S. 1 BDSG. Der Auskunftsanspruch gegenüber Auskunfteien besteht jedoch nur einmal jährlich unentgeltlich, § 34 Abs. 8 S. 2 BDSG. Um auch durch den Auskunftsanspruch gegen Auskunfteien umfassende Transparenz für den Betroffenen zu schaffen, ist daher eine Information über die Scorewerte der letzten zwölf Monate erforderlich. Der Betroffene ist im Sinne einer „Holschuld“[981] angehalten, jedes Jahr pünktlich seinen Auskunftsanspruch gegenüber allen Wirtschaftsauskunfteien, die Scorewerte zu seiner Person übermittelt haben könnten, geltend zu machen. Ansonsten wird für ihn eine Transparenz der übermittelten Scorewerte nicht gewährleistet. Deshalb wird teilweise die gesetzliche Einführung einer jährlichen aktiven Auskunftspflicht der Wirtschaftsauskunfteien gefordert.[982] Die Einführung einer aktiven Auskunftspflicht

---

978 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 36.

979 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 34.

980 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 34.

981 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 6.

982 Gesetzesentwurf der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Scoringänderungsgesetz, BT-Drucks. 18/4864, 8.5.2015, S. 2; ULD Schleswig-Holstein/GP

wäre jedoch für die Wirtschaftsauskunfteien mit einem unverhältnismäßigen Personal-, Finanz- und Verwaltungsaufwand verbunden.[983] Die *SCHUFA* etwa, der Marktführer für Auskünfte im privaten Finanzsektor, müsste 66 Mio. Auskünfte pro Jahr versenden.[984] Zum Teil an Betroffene, die an dieser Information gar kein Interesse haben, weil sie in dem betreffenden Jahr gar keine Verträge mit Vorleistungspflicht des Vertragspartners abschließen wollen oder keine Probleme bei Vertragsschlüssen haben. Der den Wirtschaftsauskunfteien mit einer aktiven Auskunftspflicht aufgebürdete Aufwand wäre daher unverhältnismäßig. Bei nicht mehr aktuellen Anschriftendaten bestünde ferner die Gefahr, dass Auskünfte nicht zugestellt werden können oder gar unbeteiligten Dritten offenbart werden.

- Nr. 2: die aktuellen Wahrscheinlichkeitswerte (Scorewerte) im Zeitpunkt des Auskunftsverlangens.

Auch hier geht der Auskunftsanspruch gemäß § 34 Abs. 4 BDSG weiter als der Anspruch aus § 34 Abs. 2 BDSG.[985]

- Nr. 3: die zur Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte genutzten Datenarten sowie
- Nr. 4: das Zustandekommen und die Bedeutung der Wahrscheinlichkeitswerte einzelfallbezogen und nachvollziehbar in allgemein verständlicher Form.

Darüber hinaus stellt § 34 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BDSG klar, dass auch über zur Scorewertberechnung genutzte anonym gespeicherte Daten Auskunft zu erteilen ist, wenn bei der Berechnung ein Personenbezug hergestellt wird. Die Aus-

---

Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 176.

983 *Taeger*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 30.11.2015 zum Entwurf eines Scoringänderungsgesetzes (BT-Drucks. 18/4864), S. 9, http://docplayer.org/15384502-An-den-vorsitzenden-des-innenausschusses-im-deutschen-bundestag-herrn-mdb-ansgar-heveling-per-email-an-innenausschuss-bundestag.html (zuletzt abgerufen am 16.3.2016).

984 *Taeger*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 30.11.2015 zum Entwurf eines Scoringänderungsgesetzes (BT-Drucks. 18/4864), S. 9, http://docplayer.org/15384502-An-den-vorsitzenden-des-innenausschusses-im-deutschen-bundestag-herrn-mdb-ansgar-heveling-per-email-an-innenausschuss-bundestag.html (zuletzt abgerufen am 16.3.2016).

985 *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, § 34, Rn. 38.

kunftspflicht umfasst auch bei einer anderen Stelle gespeicherte Daten, die zur Scorewertberechnung genutzt werden, § 34 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BDSG.

3. Form

Die Auskunft muss nicht in Schriftform, sondern kann auf Verlangen des Betroffenen in Textform erteilt werden.[986] Die Textform erfordert gemäß § 126b BGB, dass eine lesbare Erklärung, aus der die Person des Erklärenden hervorgeht, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird. Telefax, E-Mail, maschinell erstellte Briefe und auch SMS erfüllen diese Anforderungen, das Hochladen auf eine Webseite genügt hingegen nicht.[987]

4. Umfang der Auskunft

Der Umfang der Auskunftspflicht ist Gegenstand einer breit geführten Diskussion. Diese dreht sich um zwei Auslegungsfragen.

a) Auskunft über die genutzten Datenarten

Wie bereits dargestellt verlangen § 34 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BDSG die Auskunftserteilung über die zur Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte (Scorewerte) genutzten Datenarten. Fraglich ist daher, ob für die Auskunft eine Zusammenfassung der genutzten Daten zu Datenkategorien (z. B. Anschriftendaten, Kreditdaten) ausreicht[988] oder ob eine Information in der Art erforderlich ist, dass alle genutzten Einzeldaten erkennbar sind[989]. Der BGH entschied zugunsten einer Auskunft über die konkret genutzten Einzeldaten.[990] Dies folge aus der Pflicht der Auskunfteien, über das Zustandekommen dieser Werte insbesondere nachvollziehbar und einzelfallbezogen Auskunft zu

---

986 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 49.

987 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 49.

988 *Kamlah*, in: Plath, § 34, Rn. 39; *Schaffland/Wiltfang*, § 34, Rn. 5a; *Gürtler/Kriese*, *RDV 2010, 47 (53).*

989 *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, § 34, Rn. 33; *Schmidt-Wudy*, in: Wolff/Brink, § 34, Rn. 70.

990 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (307), Rn. 20.

erteilen, § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 BDSG.[991] Dem Betroffenen solle hierdurch die Möglichkeit gegeben werden, unrichtige Daten zu korrigieren oder im Gespräch mit einem Sachbearbeiter Abweichungen zu erläutern.[992] Dieses extensive Verständnis der vom Gesetz geforderten Auskunft über Datenarten ist vor allem wegen der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung erforderlich.[993] In Art. 12 lit. a 2. Spiegelstrich der Datenschutzrichtlinie[994] verlangt der europäische Gesetzgeber von den Mitgliedstaaten eine Regelung zu Auskunftsansprüchen des Betroffenen, die eine Mitteilung in verständlicher Form über die Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, sowie die verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten sicherstellt.[995] Der BGH verweist außerdem auf Erwägungsgrund 41 der Datenschutzrichtlinie[996], der klarstellt, dass die Auskunft den Betroffenen in die Lage versetzen muss, sich von der Richtigkeit der Daten und der Zulässigkeit der Verarbeitung zu überzeugen. Beide Regelungen der Datenschutzrichtlinie lassen erkennen, dass eine auf Datenarten beschränkte Auskunft, wie es der Wortlaut von § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BDSG nahelegt, nicht europarechtskonform wäre.[997] Diese richtlinienkonforme Auslegung der Norm ist auch auf den insoweit wortgleichen Auskunftsanspruch des Betroffenen gemäß § 34 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BDSG zu übertragen.[998]

Die Auslegung des BGH ist zu begrüßen. Der Auskunftsanspruch ist im derzeitigen Regelungsrahmen für das Scoring das wichtigste Instrument zur Erkennung unvollständiger, unrichtiger oder nicht mehr aktueller Daten in den Datensätzen der Wirtschaftsauskunfteien. Wäre eine zusammengefasste Auskunft über Datenarten ausreichend, gäbe es für den Betroffenen keine Möglichkeit, von Fehlern in den Datensätzen Kenntnis zu erlangen. Zur effektiven Verhinderung unrichtiger und damit auch zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte ist diese extensive Auslegung der Datenarten beim Auskunftsanspruch daher zwingend.

---

991 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (307), Rn. 20.

992 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (307), Rn. 20.

993 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (307), Rn. 20.

994 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 42.

995 *Schade/Wolff*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 309 (310).

996 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 35.

997 *Hammersen/Schade*, DuD 2014, 399 (400).

998 *Hammersen/Eisenried*, ZD 2014, 342 (345).

b) Auskunft über das Zustandekommen der Wahrscheinlichkeitswerte

Bei der zweiten Frage, die Gegenstand von Diskussionen ist, geht es darum, ob die Auskunftspflicht neben den genutzten Einzeldaten auch Angaben zu der Gewichtung der in den Scorewert eingeflossenen Merkmale und zu den Vergleichsgruppen umfasst.[999] Der BGH lehnt dies ab.[1000] Der Gerichtshof stellt zunächst klar, dass die Berechnungsmethode der Wirtschaftsauskunfteien, die sog. Scoreformel, dem Geschäftsgeheimnis unterfalle und daher nicht zu beauskunften sei.[1001] Zu den Inhalten der Scoreformel zählten auch die im ersten Schritt in die Scoreformel eingeflossenen allgemeinen Rechengrößen, wie etwa die herangezogenen statistischen Werte, die Gewichtung einzelner Berechnungselemente bei der Ermittlung des Wahrscheinlichkeitswerts und die Bildung etwaiger Vergleichsgruppen als Grundlage der Scorekarten.[1002] All diese Informationen seien daher als Geschäftsgeheimnis geschützt.[1003] Die vom Gesetz geforderte Nachvollziehbarkeit des Zustandekommens der Wahrscheinlichkeitswerte fordere nicht deren Nachrechenbarkeit, sondern die schlüssige Erkenntnismöglichkeit, welche Faktoren das Ergebnis beeinflusst haben.[1004] In diesem Punkt wird der Gesetzeswortlaut somit restriktiv ausgelegt.[1005] Zur Bekräftigung betont der BGH, dass das Verfahren zur Scorewertberechnung aufwändig sei und dessen Aussagekraft die Wettbewerbsfähigkeit und den Marktwert des Produkts der Auskunfteien, mithin den Marktwert der Auskunfteien selbst, bestimme.[1006]

Die kritischen Stimmen zu diesem Teil der Entscheidung fordern nur selten eine Offenlegung des gesamten Verfahrens der Scorewertberechnung.[1007] Gefordert wird jedoch die Offenlegung der Gewichtung der Merkmale und der Ver-

---

999 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (307), Rn. 23.

1000 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (307), Rn. 22.

1001 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308), Rn. 27.

1002 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308), Rn. 27.

1003 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308), Rn. 27.

1004 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308), Rn. 25.

1005 *Kirchberg*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, NVwZ 2014, 751 (751).

1006 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308), Rn. 27.

1007 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 48.

gleichsgruppen, die nicht unter das Geschäftsgeheimnis fallen sollen.[1008] Dadurch werde dem Geschäftsgeheimnis ein nicht gerechtfertigter Vorrang gegenüber dem Informationsinteresse des Betroffenen eingeräumt.[1009] Daher sei eine gesetzliche Regelung wünschenswert, die dem Betroffenen Einblick gewährt in die Gewichtung der Daten und in die Vergleichsgruppen.[1010] Die zwangsläufige Anschlussfrage, ob eine Offenlegung der Gewichtungen und Vergleichsgruppen möglich ist, ohne gleichzeitig die existenzsichernde Scoreformel der Wirtschaftsauskunfteien offenzulegen, bleibt in Rechtsprechung und Literatur unbeantwortet.[1011]

Angesichts der Tatsache, dass die Algorithmen für die Scorewertberechnungen durch die Gewichtung unterschiedlicher Daten und ihr Verhältnis zueinander bestimmt werden[1012], ist dies zweifelhaft. Wettbewerber werden anhand der Merkmalsgewichtungen und Vergleichsgruppen konkurrierender Auskunfteien deren Algorithmen nachbilden können.[1013] Für den Betroffenen, der an richtigen und aussagekräftigen Scorewerten zu seiner Person interessiert ist, ergäbe sich durch die Offenlegung ohnehin kein Mehrwert. Die Merkmalsgewichtungen und die Vergleichsgruppen folgen aus der Anwendung wissenschaftlich anerkannter mathematisch-statistischer Verfahren. Die Sicherstellung dieser Verfahrensstandards obliegt den datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden, § 38 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 28b Nr. 1 BDSG. Ihnen gegenüber ist daher die gesamte Scoreformel offenzulegen.[1014] Der Betroffene kann zwar nach § 35 BDSG unrichtige und nicht mehr aktuelle Daten zu seiner Person berichtigen, löschen oder sperren lassen und so die Scorewertberechnung verändern. Er hat jedoch ohnehin keinen Anspruch auf einen bestimmten Scorewert.[1015] Die Richtigkeit und Wissenschaftlichkeit der Scorewertberechnungen durch Wirt-

---

1008 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 33; *Schade/Wolff*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 309 (311).

1009 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 33; *Schade/Wolff*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 309 (311).

1010 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 33; *Kirchberg*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, NVwZ 2014, 751 (752); *Schade/Wolff*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 309 (311); *Schulte am Hülse/Timm*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, NJW 2014, 1238 (1239).

1011 *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 33.

1012 *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 26.

1013 Vgl. *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (53).

1014 Siehe 2. Teil C. II. 4. c) bb).

1015 *Ehmann*, in: Simtis, § 28b, Rn. 77b.

schaftsauskunfteien ist allein von den Aufsichtsbehörden und nicht vom Betroffenen zu überprüfen.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, gewährleistet zwar das Recht des Betroffenen auf Auskunft über alle zu seiner Person gespeicherten Informationen.[1016] Bei den Merkmalsgewichtungen und Vergleichsgruppen handelt es sich jedoch nicht um Informationen zu der Person des Betroffenen, sondern um die Ergebnisse statistischer Auswertungen einer Vielzahl (anonymer) Daten unterschiedlicher Personen. Sie enthalten keine Angaben über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse des Betroffenen, wie es gemäß § 3 Abs. 1 BDSG für das Vorliegen personenbezogener Daten erforderlich ist. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Scorewert ein personenbezogenes Datum ist.[1017] Beim Scorewert handelt es sich um einen reinen Zahlenwert, der eine Prognose über das zukünftige Zahlungsverhalten der gescorten Person abgibt. Die Merkmalsgewichtungen und Vergleichsgruppen sind nicht Teil des Scorewertes, sondern der vorgelagerten mathematisch-statistischen Berechnungsgrundlage für den Scorewert. Der Personenbezug entsteht erst, wenn die persönlichen Daten des Gescorten zur Berechnung des Scorewertes in eine Scorekarte eingefügt werden.[1018] Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ergibt sich daher kein Anspruch auf Auskunft über die Merkmalsgewichtungen und Vergleichsgruppen.

Die Auskunft über die Berechnungsgrundlage könnte allenfalls auf die europäische Datenschutzrichtlinie gestützt werden, die in Art. 12 lit. a 2. Spiegelstrich auch eine Mitteilung über die Datenherkunft verlangt. Die Berechnungsmethode und ihre Einzelheiten könnten als Herkunft des personenbezogenen Scorewertes verstanden werden. Allerdings ist für die Information über die Herkunft des Scorewertes keine Auskunft über die konkreten Merkmalsgewichtungen und Vergleichsgruppen erforderlich. Eine allgemeine Beschreibung des Zustandekommens des Scorewertes genügt.[1019] Hierfür spricht auch Erwägungsgrund 41 der Datenschutzrichtlinie, der vorsieht, dass das Auskunftsrecht das Geschäftsgeheimnis nicht berühren darf.[1020]

[1016] *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2, Rn. 178.

[1017] *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 65.

[1018] *Von Lewinski*, in: Wolff/Brink, § 28 b, Rn. 26.

[1019] BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308) Rn. 25; *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (54).

[1020] BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308 f.), Rn. 33.

Der EuGH führt zum Auskunftsrecht aus, dass der Betroffene sich vergewissern können muss, ob seine „personenbezogenen Daten fehlerfrei verarbeitet werden und die Verarbeitung zulässig ist“.[1021] Aus den weiteren Ausführungen des EuGH ergibt sich jedoch, dass hierfür nach seiner Ansicht nicht die Auskunft über Merkmalsgewichtungen und Vergleichsgruppen erforderlich ist.[1022] Ziel der Auslegung des Auskunftsrechts durch den EuGH ist, dass der Betroffene durch die Auskunft in die Lage versetzt wird, seine Rechte auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung geltend zu machen.[1023] Hierzu reicht eine Information über die gespeicherten Einzeldaten aus. Der Schutz des Geschäftsgeheimnisses der Wirtschaftsauskunfteien, Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG[1024], ist somit vorrangig.[1025] Gegen das thematisierte BGH-Urteil ist eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht anhängig.[1026]
Schließlich deutet der BGH zumindest an, dass der Auskunftsanspruch bei ausschließlich auf automatisierter Verarbeitung beruhenden Vertragsentscheidungen i. S. d. § 6a BDSG weiter gehen könnte.[1027] Der Grund für diesen Ausnahmefall ist eine richtlinienkonforme Auslegung des BDSG.[1028] Die europäische Datenschutzrichtlinie fordert in Art. 12 lit. a 3. Spiegelstrich eine Auskunft auch über den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung der den Betroffenen betreffenden Daten.[1029] Ob darunter dann auch eine Auskunft über Merkmalsgewichtungen und Vergleichsgruppen zu verstehen ist oder ob eine allgemeine Information über das Zustandekommen von Scorewerten ausreicht, lässt der BGH offen.[1030] Gegen ein weites Verständnis der Auskunft spricht, dass beim externen Scoring die automatisierte Verarbeitung i. S. d. § 6a BDSG durch die (Kredit-)Unternehmen, die allein anhand eines Scorewertes eine Vertragsentscheidung treffen, vorgenommen wird. Die scorewertberechnenden Wirtschaftsauskunfteien können mangels Rechtsverhältnis zu dem Betroffenen gar keine Entscheidung i. S. d. § 6a BDSG treffen, die für den Betroffenen eine

---

1021 EuGH, Urt. v. 7.5.2009, Az.: C-553/07, EuZW 2009, 546 (548), Rn. 49.
1022 Vgl. EuGH, Urt. v. 7.5.2009, Az.: C-553/07, EuZW 2009, 546 (548), Rn. 50 ff.
1023 EuGH, Urt. v. 7.5.2009, Az.: C-553/07, EuZW 2009, 546 (548), Rn. 51.
1024 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rn. 43.
1025 So auch *Hoeren*, Anm. z. BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, LMK, 356425.
1026 BVerfG, Az.: 1 BvR 756/2014.
1027 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (309), Rn. 34.
1028 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (309), Rn. 34.
1029 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 42.
1030 BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (309), Rn. 34.

rechtliche Folge nach sich zieht. Es ist daher fraglich, ob die vom Geschäftsgeheimnis geschützte Scoreformel der Wirtschaftsauskunfteien zu dem logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung gehört. Diese Rechtsunsicherheit sollte durch die Rechtsprechung oder den Gesetzgeber beseitigt werden. Es ist anzunehmen, dass es in der Praxis, gerade bei den Massengeschäften im Online-Handel, schon heute viele rein automatisierte Vertragsentscheidungen anhand eines Scorewertes gibt.[1031] Die allgemeine Entwicklung hin zu technisierten Abläufen macht eine Klarstellung umso dringender.

5. Kosten

Die Auskunftserteilung erfolgt gemäß § 34 Abs. 8 S. 1 BDSG unentgeltlich. Das gilt gegenüber (Kredit-)Unternehmen immer. Auskünfte durch Wirtschaftsauskunfteien können jedoch nur einmal jährlich unentgeltlich eingeholt werden, § 34 Abs. 8 S. 2 BDSG. Hintergrund dieser Sonderregelung ist, dass der Gesetzgeber eine Aushöhlung des Geschäfts der Wirtschaftsauskunfteien, die Erteilung kostenpflichtiger Bonitäts- und Scorewertauskünfte, verhindern möchte.[1032] Für den Betroffenen entstehen durch die Regelung jedoch unnötige Schutzlücken. Erlangt der Betroffene durch die Einholung einer Auskunft Kenntnis unrichtiger Daten zu seiner Person und berichtigt diese, kann er erst nach Ablauf eines Jahres kostenlos überprüfen, ob seinem Berichtigungsanspruch vollständig entsprochen wurde. Die Kostenregelung trägt daher nicht effektiv zur Verhinderung unrichtiger Scorewerte bei.

6. Effektivitäts- und Effizienzanalyse

a) Effektivität

Die Auskunftsansprüche gemäß § 34 Abs. 2 und Abs. 4 BDSG sind unter der vom BGH vorgegebenen Auslegung geeignet, einen effektiven Beitrag zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte zu leisten. Die Auskunft an sich führt zwar noch keine Berichtigung der Daten herbei, sie versetzt den Betroffenen aber in die Lage, seine Ansprüche auf Be-

---

[1031] *Born*, ZD 2015, 66 (69).

[1032] *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 65.

richtigung, Löschung und Sperrung geltend zu machen. Systemimmanent ist dabei das Problem, dass die Kenntnis unrichtiger Daten durch Geltendmachung des Auskunftsanspruchs zu spät, das heißt nach bereits erfolgter Nutzung unrichtiger Scorewerte, erfolgen kann. Eine präventive Verhinderung unrichtiger Scorewerte müsste durch andere, zeitlich früher eingreifende Regelungen verwirklicht werden. Die volle Effektivität des Auskunftsanspruchs gegen Wirtschaftsauskunfteien wird derzeit noch dadurch gehemmt, dass die Auskunft nur einmal jährlich kostenlos einholbar ist. Um unrichtige Scorewerte effektiv zu verhindern, müsste im Falle der Geltendmachung von Berichtigungs-, Löschungs- oder Sperrungsansprüchen eine weitere kostenlose Auskunft zur Kontrolle der Umsetzung der Anspruchsziele eingeführt werden. Denkbar wäre bezüglich korrigierter, gelöschter oder gesperrter Daten auch eine kostenlose aktive Auskunftspflicht der Wirtschaftsauskunfteien.

b) Effizienz

Die (Kredit-)Unternehmen bzw. Wirtschaftsauskunfteien werden zur Erteilung einer detaillierten Auskunft verpflichtet. Der Betroffene hat jedoch zuvor seinen Anspruch auf Auskunftserteilung geltend zu machen. Die Vorschriften verursachen daher für alle beteiligten Akteure Zeit- und Kostenaufwand. Allerdings ist dieser Aufwand für keinen der Akteure unverhältnismäßig. Im Hinblick darauf, dass die Auskunftsrechte des Betroffenen geeignet sind einen effektiven Beitrag zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte zu leisten, sind die Regelungen des § 34 Abs. 2 und 4 BDSG daher insgesamt als effizient zu beurteilen.

III. Schadensersatzanspruch

Bei Verletzung der datenschutzrechtlichen Vorschriften zum Scoring können Schadensersatzansprüche ausgelöst werden. Anspruchsgrundlagen für einen Schadensersatzanspruch des Betroffenen können § 7 BDSG und § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB sein.[1033] Anspruchsgegner können sowohl die (Kredit-)Unternehmen als auch die Wirtschaftsauskunfteien sein.

[1033] *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449 (450).

Gegenüber (Kredit-)Unternehmen, die unrichtige Scorewerte im Rahmen vertraglicher Entscheidungen nutzen, kommt außerdem ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB oder ein quasivertraglicher Anspruch aus *culpa in contrahendo*, §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht. In der Regel wird dieser Anspruch jedoch am Vertretenmüssen scheitern. Das scorewertverwendende (Kredit-)Unternehmen hat keine Möglichkeit, die Unrichtigkeit des von einer Wirtschaftsauskunftei erhaltenen Scorewertes festzustellen und handelt daher weder vorsätzlich noch fahrlässig in Bezug auf die Verwendung unrichtiger Scorewerte. Das Verschulden der Wirtschaftsauskunftei muss sich das (Kredit-)Unternehmen auch nicht gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Die Wirtschaftsauskunfteien handeln bei der Scorewertberechnung und -übermittlung zur Erfüllung ihrer eigenen Verbindlichkeit gegenüber dem anfragenden (Kredit-)Unternehmen. Um Erfüllungsgehilfe i. S. d. § 278 BGB zu sein, müssten sie jedoch im Pflichtenkreis der (Kredit-)Unternehmen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Betroffenen handeln. Der Schadensersatzanspruch kommt allenfalls in Betracht, wenn das (Kredit-)Unternehmen selbst unrichtige Daten bei der Wirtschaftsauskunftei eingemeldet hat oder deren Unrichtigkeit durch unterbliebene Nachberichtigung trotz Nachberichtigungspflicht herbeigeführt hat. In diesem Fall besteht zumindest fahrlässige Unkenntnis der Unrichtigkeit des Scorewertes.
Im Fall der Berechnung und Beauskunftung eines unrichtigen Scorewertes ist ein vertraglicher Schadensersatzanspruch des Betroffenen gegenüber der verantwortlichen Wirtschaftsauskunftei nur über die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter analog §§ 280 Abs. 1, 328 BGB[1034] möglich. Denn nicht der Betroffene, sondern nur das scorewerteinholende (Kredit-) Unternehmen steht mit der Wirtschaftsauskunftei in einer Vertragsbeziehung. Die Rechtsprechung hat eine Haftung nach diesen Grundsätzen wegen eines unrichtig erstellten Testats bereits für eine Wirtschaftsprüfungungsgesellschaft gegenüber einem Kapitalanleger angenommen.[1035] Die Sach- und Interessenlage ist durchaus vergleichbar. Entscheidend für das Bestehen des Anspruchs ist, ob der Wirtschaftsauskunftei in Bezug auf die Nutzung unrichtiger Daten zur Scorewertberechnung eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann.

[1034] BGH, Urt. v. 12.1.2011, Az.: VIII ZR 346/09, NJW-RR 2011, 462 (463).

[1035] BGH, Urt. v. 24.04.2014, Az.: III ZR 156/13, VuR 2014, 309 (310 f.).

Ferner ist ein Schadensersatzanspruch nach §§ 9, 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG bei der Verletzung einer Datenschutzvorschrift, die als Markverhaltensvorschrift zu qualifizieren ist, denkbar. Dieser Anspruch kann jedoch nicht vom Betroffenen, sondern nur von Mitbewerbern geltend gemacht werden, § 9 UWG. In allen Fällen setzt der Anspruch einen eingetretenen Schaden beim Anspruchssteller voraus. Schadensersatzansprüche können zwar durch unrichtige Scorewerte entstandene finanzielle Schäden ausgleichen, sie tragen jedoch als repressive Ansprüche nicht zur präventiven Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte bei.

IV. Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch

Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften beim Scoring begründen in vielen Fällen einen Unterlassungsanspruch des Betroffenen.[1036] Anspruchsgrundlage ist § 1004 Abs. 1 analog i. V. m. § 823 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, auch in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung, fällt als sonstiges Recht in den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB.[1037] Hinzu zitiert wird ferner die verletzte Datenschutzvorschrift. Der Vorteil des Unterlassungsanspruchs ist die Möglichkeit eines präventiven Vorgehens[1038], etwa gegen unzulässige Dateneinmeldungen oder gegen die Übermittlung unrichtiger Scorewerte. Bei diesen Anspruchszielen kann der Unterlassungsanspruch zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte eingesetzt werden. Der einstweilige Rechtsschutz ermöglicht dem Betroffenen auch ein schnelles gerichtliches Vorgehen. Die Effektivität dieses Vorgehens wird jedoch von der mangelnden Effizienz aus der Sicht des Betroffenen überschattet. Das Beschreiten des Rechtsweges bedeutet einen erheblichen Aufwand für den Betroffenen, der im Regelfall einen Anwalt benötigt und das Kostenrisiko eines gerichtlichen Verfahrens trägt.

[1036] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 7.4.2015 , Az.: 24 U 82/14, ZD 2015, 335 f.; AG Leipzig, Beschl. v. 13.1.2010, Az.: 118 C 10105/09, MMR 2010, 723 f.; AG Plön, Urt. v. 10.12.2007, Az.: 2 C 650/07, MMR 2008, 269.

[1037] *Stollhoff*, in: Auernhammer, § 35, Rn. 11; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823, Rn. 241.

[1038] *Kosmides*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, S. 976.

Mit dem Beseitigungsanspruch kann der Betroffene die Beseitigung der Folgen des Datenschutzverstoßes verlangen.[1039] Der zivilrechtliche Beseitigungsanspruch wird vor allem bei über § 35 BDSG hinausgehenden Anspruchszielen relevant.[1040] § 35 Abs. 7 BDSG verpflichtet die verantwortlichen Stellen, alle Empfänger, an die Daten übermittelt wurden, über deren Berichtigung, Löschung oder Sperrung zu informieren – mit der Einschränkung, dass der damit verbundene Aufwand nicht unverhältnismäßig ist. Ist der Aufwand unverhältnisäßig, schließt der zivilrechtliche Beseitigungsanspruch die Schutzlücke und gewährt einen weitergehenden Berichtigungsanspruch, insbesondere einen Anspruch auf Widerruf der übermittelten Daten.[1041]
Bei dem Verstoß gegen eine Datenschutzvorschrift, die Marktverhaltensvorschrift i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG ist[1042], kommt auch ein Unterlassungsanspruch- und Beseitigungsanspruch nach dem UWG in Betracht. Dieser kann jedoch nicht durch den Betroffenen, sondern gemäß § 8 Abs. 3 UWG nur durch Mitbewerber, bestimmte rechtsfähige Verbände, qualifizierte Einrichtungen (insbes. Verbraucherschutzorganisationen) und Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern geltend gemacht werden.

V. Widerspruchsrecht

In § 35 Abs. 5 BDSG ist ein Widerspruchsrecht des Betroffenen bezüglich einer rechtmäßigen Verarbeitung von Daten zu seiner Person geregelt.[1043] Der Erfolg des Widerspruchs setzt voraus, dass eine Prüfung ergibt, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen wegen seiner besonderen persönlichen Situation das Interesse der verantwortlichen Stelle an dieser Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, § 35 Abs. 5 S. 1 BDSG. Ob die Voraussetzungen vorliegen, ist im Einzelfall zu prüfen. Das Widerspruchsrecht ist im Einzelfall geeignet, das Scoring ganz zu unterbinden. Es verhindert im Allgemeinen jedoch nicht das Auftreten unrichtiger Scorewerte und gewährleistet auch nicht deren Aussagekraft.

1039 *Simitis*, in: Simitis, § 7, Rn. 36.

1040 *Simitis*, in: Simitis, § 7, Rn. 36.

1041 *Simitis*, in: Simitis, § 7, Rn. 36; *Stollhoff*, in: Auernhammer, § 35, Rn. 12.

1042 Siehe 3. Teil D. I. 2.

1043 *Kühling/Seidel,/Sivridis*, Datenschutzrecht, S. 195.

VI. Verbandsklagerecht

Ein Verbandsklagerecht gegen Datenschutzverstöße bestand bis zum 24.2.2016 nur in wenigen Fällen. Ein Vorgehen nach §§ 1, 3 UKlaG war nur möglich, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen eines Unternehmers gegen Datenschutzvorschriften verstießen.[1044] Am 24.2.2016 ist jedoch das „Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts“ in Kraft getreten[1045] Das Gesetz weitet das Verbandsklagerecht auf Zuwiderhandlungen gegen datenschutzrechtliche Vorschriften aus.[1046] Die Regelung des § 2 Abs. 2 UKlaG wird um eine Nr. 11 ergänzt, nach der Verbraucherschutzgesetze im Sinne der Vorschrift auch sind: Vorschriften, die die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten eines Verbrauchers durch einen Unternehmer regeln, wenn die Daten zu Zwecken der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, des Betreibens einer Auskunftei, des Erstellens von Persönlichkeits- und Nutzungsprofilen, des Adresshandels, des sonstigen Datenhandels oder zu vergleichbaren kommerziellen Zwecken erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.[1047]

Durch die Nennung *des Betreibens einer Auskunftei* wird der Weg der Verbandsklage auch gegen Datenschutzverstöße beim Scoring eröffnet. Nimmt man die Vorschrift wörtlich, ist ein zur Klage berechtigender Datenschutzverstoß jedoch unmöglich. Es existieren schlichtweg keine datenschutzrechtlichen Vorschriften, welche die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten eines Verbrauchers durch einen Unternehmer regeln.[1048] Datenschutzvorschriften regeln den Umgang mit Daten eines Betroffenen, der in § 3 Abs. 1 BDSG als bestimmte oder bestimmbare natürliche Person definiert wird. Ob dieser Betroffene zufällig gleichzeitig auch Verbraucher ist, ist eine Frage des allgemeinen Verbraucherschutzrechts, nicht des Datenschutzrechts. Unter anderem we-

---

1044 *Köpernik*, VuR 2014, 240 (240).

1045 BT-Drucks. 18/4631, 15.4.2015.

1046 BT-Drucks. 18/4631, 15.4.2015, S. 8.

1047 BT-Drucks. 18/4631, 15.4.2015, S. 8.

1048 Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V., Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, v. 5.8.2014, S. 7, https://www.bitkom.org/Publikationen/2014/Positionen/Gesetz-Verbesserung-zivilrechtlichen-Durchsetzung-von-verbraucherschuetzenden-Vorschriften-Datenschutzrecht/20140805-Stellungnahme-Verbandsklage.pdf (zuletzt abgerufen am 4.1.2016).

gen dieser dogmatischen Unschärfe sieht sich der Gesetzesvorstoß massiver Kritik aus den Reihen der Wirtschaft gegenüber.[1049] Außerdem besteht Kritik wegen der unvorhersehbaren praktischen Folgen des Gesetzes, insbesondere im Hinblick auf einen möglichen Missbrauch des Verbandsklagerechts.[1050] Zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte kann die Einführung des Verbandsklagerechts zur Durchsetzung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen lediglich einen geringen Beitrag leisten. Das Vorgehen durch Verbraucherverbände ist denkbar bei massenhaften willkürlichen Scorewertberechnungen durch eine Wirtschaftsauskunftei oder bei systematisch datenschutzwidriger Einmeldung oder der massenhaften Einmeldung unrichtiger Daten durch (Kredit-)Unternehmen. Es ist jedoch nicht für ein präventives Vorgehen gegen unrichtige Scorewerte im Einzelfall geeignet. Unrichtige Scorewerte beruhen regelmäßig nicht auf systematisch rechtswidrigem Verhalten von (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien, sondern auf mangelnden Kontrollen bezüglich der Datenqualität[1051] sowie auf Nachlässigkeiten bei der Einhaltung von Nachberichtspflichten. Gegen diese einzelnen Verstöße, die in der Summe jedoch zu einem besorgniserregenden Anteil unrichtiger Scorewerte führen, ist das Verbandsklagerecht kein wirksames Instrument.

[1049] Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V., Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, v. 5.8.2014, S. 3 f., https://www.bitkom.org/Publikationen/2014/Positionen/Gesetz-Verbesserung-zivilrechtlichen-Durchsetzung-von-verbraucherschuetzenden-Vorschriften-Datenschutzrecht/20140805-Stellungnahme-Verbandsklage.pdf (zuletzt abgerufen am 4.1.2016); Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e. V., Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, v. 15.8.2014, S. 2 f., http://www.dgri.de/index.php/fuseaction/download/lrn_file/stellungnahme-dgri-an-bmj-14.08.2014-.pdf (zuletzt abgerufen am 4.1.2016); Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, v. 25.4.2015, S. 2 f., http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de/uploads/media/150429_DK_Stellungnahme.pdf (zuletzt abgerufen am 4.1.2016).

[1050] *Ehmann*, ZD 2014, 493 (494).

[1051] *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 172.

F. Zwischenfazit

Die Ergebnisse der datenschutzrechtlichen Untersuchung des externen Scoring im Hinblick auf die Effektivität und Effizienz der bestehenden Vorschriften zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I. Mangelnde Kontrollen der Datenqualität

Es fehlt eine Pflicht der (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien zur Kontrolle der Daten auf Vollständigkeit, Richtigkeit und Aktualität. Weder die Erlaubnisnormen für die Datenerhebungen, -speicherungen und -übermittlungen durch (Kredit-)Unternehmen, § 10 Abs. 2 KWG und §§ 28 Abs. 1, 28a Abs. 1 und 2 BDSG, noch die einschlägigen Vorschriften für die Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen durch Wirtschaftsauskunfteien, §§ 29 Abs. 1 und Abs. 2, 28b BDSG, sehen Kontrollpflichten hinsichtlich der Datenqualität vor. Wirksame Kontrollen hinsichtlich der Vollständigkeit, Richtigkeit und Aktualität der zum Scoring verwendeten Daten sind nur durch ein Zusammenwirken von Betroffenem, (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien möglich. Die Wirtschaftsauskunfteien selbst haben mangels eigener Vertragsbeziehung zu dem Betroffenen nicht die notwendigen Kenntnisse zur Kontrolle der Daten. Die (Kredit-)Unternehmen als Vertragspartner der Wirtschaftsauskunfteien können zumindest über Veränderungen der eigenen Vertragsbeziehungen zu dem Betroffenen informieren. Zweifelsfrei wird sich die Vollständigkeit, Richtigkeit und Aktualität aller gespeicherten Daten nur unter Hinzuziehung des Betroffenen verwirklichen lassen. Die Auskunftsansprüche des Betroffenen gemäß § 34 Abs. 2 und Abs. 4 BDSG stellen bereits das richtige Instrument dar, um dem Betroffenen die Kontrolle der zu seiner Person erhobenen, verarbeiteten und genutzten Daten zu ermöglichen. Dieses Instrument ist jedoch praktisch wirkungslos, wenn der Betroffene von diesem Recht keine Kenntnis hat oder nicht weiß, wem gegenüber sich eine Geltendmachung des Auskunftsanspruchs lohnt.

II. Informationspflichten greifen zu kurz

In §§ 4 Abs. 3, 33 Abs. 1 S. 1 und 2 BDSG sind bereits Informations- und Benachrichtigungspflichten der verantwortlichen Stellen gegenüber dem Betroffenen geregelt. Diese greifen im Fall des Scoring jedoch zu kurz. Der Betroffene erfährt lediglich, dass Daten zu seiner Person erhoben bzw. übermittelt wurden. Er erhält keine Kenntnis der konkreten Daten, sondern nur der Datenarten. Vor allem aber stellen die bestehenden Informations- und Benachrichtigungspflichten nicht sicher, dass der Betroffene erfährt, welche Wirtschaftsauskunfteien seine Daten zur Scorewertberechnung nutzen. Dementsprechend weiß der Betroffene in der Praxis oftmals nicht, gegenüber welchen Wirtschaftsauskunfteien die Geltendmachung seines Auskunftsanspruchs sinnvoll ist.

III. Keine Beschränkung der zulässigen Datenarten

Positiv ist, dass die Vorschriften zum Scoring, abgesehen von § 10 Abs. 2 KWG, keine Beschränkung der Daten, die zur Scorewertberechnung erhoben, verarbeitet und genutzt werden, vorsehen. Da das AGG für viele Vertragsentscheidungen, in deren Rahmen Scoring zum Einsatz kommt, nicht einschlägig ist, ergeben sich auch aus diesem Gesetz nur in Einzelfällen Einschränkungen. Die Aussagekraft der Scorewerte erhöht sich, je mehr Daten zur Berechnung genutzt werden können.[1052] Eine Beschränkung der zulässigen Informationen verschlechtert hingegen die Prognosefähigkeit.[1053] Der Betroffene ist ferner dadurch ausreichend geschützt, dass sensible Daten i. S. d. § 3 Abs. 9 BDSG nur mit dessen Einwilligung oder bei offenkundiger Veröffentlichung durch den Betroffenen selbst erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen, § 28 Abs. 6 BDSG. Teilweise wird gefordert, die sensiblen Daten und Geodaten wie die Wohnanschrift, öffentliche Daten aus sozialen Netzwerken, Daten aus Internetforen, Angaben zur Staatsangehörigkeit, zum Geschlecht und zu einer Behinderung von der Scorewertberechnung auszuschließen.[1054] Dies ist eine rechtspolitische Frage. Ihre Erörterung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Das gemeinsame Interesse der am Scoring beteiligten Akteure, die

---

[1052] *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 24.

[1053] *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 14.

[1054] Gesetzesentwurf der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Scoringänderungsgesetz, BT-Drucks. 18/4864, 8.5.2015, S. 3.

Berechnung richtiger und aussagekräftiger Scorewerte sicherzustellen, rechtfertigt eine solche Einschränkung nicht. Zumal diese Daten auch geeignet sind, sich positiv, das heißt steigernd, auf den Scorewert auszuwirken. Der Betroffene wird sich in der Regel ohnehin nicht an der Zahl und Art der zur Scorewertberechnung verwendeten Daten stören, sondern daran interessiert sein, dass sie der Wahrheit entsprechen und ihnen ein korrekter statistischer Aussagewert über die Zahlungswahrscheinlichkeit zugrunde gelegt wird.[1055]

IV. § 28a Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 BDSG als Einfallstor für unrichtige Daten

Die Einmeldung von Daten zu fälligen, aber noch nicht erbrachten Forderungen wird in § 28a Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 BDSG von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht, die aber die Einmeldung unrichtiger Daten nicht effektiv verhindern. Bei Nr. 4 lit. d verhindert das Bestreiten der Forderung durch den Betroffenen deren Einmeldung. In der Praxis bestreitet der Betroffene unberechtigte Forderungen jedoch oft nicht.[1056] Es kann zur Einmeldung unberechtigter, falscher Forderungen kommen. *Helfrich* legt dar, dass die Forderung des außergerichtlichen Bestreitens durch den Betroffenen im Datenschutzrecht im Gegensatz steht zu der zivilrechtlichen Position eines Schuldners.[1057] Von diesem wird das Bestreiten einer Forderung erst nach der Erhebung einer Klage oder der Beantragung eines Mahnbescheids durch den vermeintlichen Gläubiger erwartet.[1058] Das Datenschutzrecht verlagert in § 28a Abs. 1 Nr. 4 BDSG das Erfordernis des Tätigwerdens für den Betroffenen jedoch deutlich vor und verlangt dieses schon vor einer Einbeziehung des Gerichts durch den Gläubiger.[1059] Da die Lebensrealität zeigt, dass der Betroffene das Bestreiten oftmals unterlässt, stellt die Regelung ein Einfallstor für die Einmeldung unrichtiger Daten dar. Deshalb ist mit *Helfrich* zu fordern, dass eine Einmeldung nur erfolgen darf, wenn der Gläubiger nach der zweiten Mahnung „alsbald Klage erhebt oder Mahnbescheid beantragt und sich der Schuldner hierauf nicht erklärt".[1060]

[1055] *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 37.

[1056] *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 49.

[1057] *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 154 f.

[1058] *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 154.

[1059] *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 154.

[1060] *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 154.

Nach Nr. 5 darf die Einmeldung von Forderungsdaten bei Dauerschuldverhältnissen erfolgen, wenn die Voraussetzungen der fristlosen Kündigung aufgrund von Zahlungsrückständen vorliegen und der Betroffene über die bevorstehende Einmeldung unterrichtet wurde. Auf diesem Wege kann es zur Einmeldung objektiv nicht bestehender Forderungen durch betrügerische (Kredit-)Unternehmen kommen. Anders als bei Nr. 4 verhindert das Bestreiten des Betroffenen die Einmeldung nicht. Auch in diesem Fall sollte die Einmeldung von der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger abhängig gemacht werden, um Betrüger abzuschrecken. Die Herstellung der Einmeldevoraussetzungen ist für die Gläubiger unbezahlter Forderungen dann zwar mit einem höheren Aufwand verbunden. Gläubiger berechtigter Forderungen haben jedoch ohnehin an der Durchsetzung ihrer Forderungen ein größeres Interesse als an deren Einmeldung bei Wirtschaftsauskunfteien. Die Zahl der Einmeldungen von Negativdaten bei Wirtschaftsauskunfteien würde zurückgehen und darunter könnte auch die Aussagekraft der Scorewerte leiden. Allerdings ist ein Rückgang der eingemeldeten Forderungsdaten zugunsten der Zuverlässigkeit der eingemeldeten Daten hinzunehmen.

V. Einmeldung von Bankdaten ausbaufähig

Die Vorschrift des § 28a Abs. 2 BDSG stellt die Richtigkeit und Aktualität von Positivdaten zu Bankgeschäften, die von Kreditinstituten bei Wirtschaftsauskunfteien eingemeldet werden, bereits effektiv sicher. Es besteht jedoch Nachbesserungsbedarf zur Förderung der Aussagekraft von Scorewerten. Die Vorschrift verbietet die Einmeldung von Girokonten auf Guthabenbasis und von Kreditkonditionenanfragen. Letztere sind nicht erlaubt, weil Kreditkonditionenanfragen in der Vergangenheit bei der Scorewertberechnung oftmals negativ berücksichtigt wurden.[1061] Bei Girokonten ohne Überziehungsmöglichkeit soll das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegen.[1062] Dabei kann sich das Bestehen eines Girokontos ohne Überziehungsmöglichkeit sogar positiv auf den Scorewert auswirken.[1063] Die Übermittlung von Informationen zu Girokonten auf Guthabenbasis und zu Kreditkonditionenanfragen sollten daher von § 28a Abs. 2 BDSG zugelassen wer-

[1061] BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 15.

[1062] BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 15.

[1063] *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 93.

den. Wenn der Gesetzgeber einen negativen Einfluss dieser Daten auf Scorewerte ausschließen will, könnte er dies regeln, ohne deren Übermittlung ganz auszuschließen. Dabei handelt es sich jedoch um eine rechtspolitische Frage. Die derzeitige Rechtslage zum Scoring verlangt kein Verbot einer negativen Wirkung. Einzelne Daten haben nur dann einen negativen Einfluss auf die Scorewertberechnung, wenn ihnen statistisch gesehen eine negative Aussage über die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit einer Person zu entnehmen ist.

VI. Lücken und Überregulierung bei der Nachberichtspflicht

Für die Einmeldung von Forderungsdaten gemäß § 28a Abs. 1 BDSG und Bankdaten gemäß § 28a Abs. 2 BDSG bei Wirtschaftsauskunfteien sieht § 28a Abs. 3 S.1 BDSG eine Nachberichtspflicht der einmeldenden (Kredit-)Unternehmen vor. Danach haben die (Kredit-)Unternehmen den Wirtschaftsauskunfteien nachträgliche Änderungen der übermittelten Tatsachen innerhalb eines Monats nach eigener Kenntniserlangung mitzuteilen, solange die Daten bei den Wirtschaftsauskunfteien gespeichert sind. Die Nachberichtspflicht ist elementar, um die Aktualität der bei Wirtschaftsauskunfteien gespeicherten und zur Scorewertberechnung genutzten Daten zu wahren. Für Dateneinmeldungen auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG ist keine Nachberichtspflicht geregelt. Diese Erlaubnisnorm ist vor allem für die Einmeldung von Personendaten einschlägig. Einmeldungen von Online-Versandhändlern fallen (fast) ausschließlich unter § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG.[1064] Auch die Richtigkeit und Aktualität dieser Daten ist sicherzustellen, um das Ziel richtiger und aussagekräftiger Scorewerte zu erreichen. Deshalb ist eine Nachberichtspflicht auch für Einmeldungen aufgrund der Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG einzuführen.
Gleichzeitig sollten im Sinne der Effizienz unnötige Informationspflichten der Auskunfteien im Zusammenhang mit der Nachberichtspflicht aus § 28a Abs. 3 BDSG gestrichen werden. Für den Fall der Nachberichtigung sieht § 28a Abs. 3 S. 2 BDSG die Pflicht der Auskunfteien vor, die übermittelnden Stellen über die Löschung der ursprünglich übermittelten Daten zu unterrichten. Eine Funktion dieser Rückmeldung ist nicht ersichtlich. Die (Kredit-)Unternehmen können ihren Nachbericht an die Wirtschaftsauskunfteien selbst dokumentieren, sodass eine Rückmeldung zur Bestätigung nicht erforderlich ist. Es ist auch

[1064] *Born*, ZD 2015, 66 (67).

sonst kein Grund ersichtlich, warum die nachberichtenden (Kredit-)Unternehmen über die Löschung der Daten informiert werden müssten. Werden Daten berichtigt, gesperrt oder gelöscht, die Grundlage einer Scorewertberechnung waren, deren Ergebnis (Scorewert) bereits an (Kredit-)Unternehmen übermittelt wurde, besteht ohnehin eine Informationspflicht der Auskunfteien gemäß § 35 Abs. 7 BDSG. Der zusätzlichen Rückmeldung bezüglich der Löschung einzelner Daten aufgrund einer Nachberichtigung, wie sie § 28a Abs. 3 S. 2 BDSG vorsieht, bedarf es daher nicht.

VII. Mangelnde Personalausstattung der Aufsichtsbehörden

Die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften durch (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien ist von den Aufsichtsbehörden zu kontrollieren, § 38 Abs. 1 BDSG. Es handelt sich um die Datenschutzbehörden in den Ländern, die jeweils der Leitung der Landesdatenschutzbeauftragten unterstehen, außer in Bayern, wo die Aufsicht für den öffentlichen und den nichtöffentlichen Bereich getrennt ist.[1065] Die Personalausstattung der Behörden ist jedoch viel zu gering, um die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften effektiv zu kontrollieren. Beim Scoring sind die Aufsichtsbehörden insbesondere dafür zuständig, die Scoreformeln der Wirtschaftsauskunfteien auf ihre Wissenschaftlichkeit zu prüfen. Die Verwendung wissenschaftlich korrekter Scoreformeln ist die Grundvoraussetzung für die Berechnung richtiger und aussagekräftiger Scorewerte. Um eine effektive Kontrolle der Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften beim Scoring sicherzustellen, ist die Personalausstattung der Aufsichtsbehörden zu erhöhen.

VIII. Kein Schutz vor willkürlichen Scorewerten

Die datenschutzrechtlichen Vorschriften zum Scoring verhindern nicht, dass Scorewerte aus nur einem einzigen zum Betroffenen vorhandenen Datum berechnet werden. Die Aussagekraft von Scorewerten wird daher nicht gewährleistet. Lediglich § 28b Nr. 3 BDSG schreibt vor, dass für die Scorewertberechnung nicht ausschließlich Anschriftendaten genutzt werden dürfen. Die Hinzunahme eines weiteren Datums reicht jedoch bereits, um diese gesetzliche

[1065] *Grittmann*, in: Taeger/Gabel, § 38, Rn. 42.

Anforderung zu erfüllen.[1066] Zwar ist auch den Wirtschaftsauskunfteien daran gelegen, die Scorewertberechnung auf möglichst viele Daten zu stützen, da hierdurch die Aussagekraft des Scorewertes und damit ihr Kernprodukt verbessert wird. Dennoch kommt es vor, dass schlechte Scorewerte auf ein einziges schlechtes Datum gestützt werden.[1067] Der Gesetzgeber sollte mithilfe von Sachverständigen eine Daten-Mindestzahl für die Scorewertberechnung ermitteln und gesetzlich vorschreiben.

IX. Löschungspflichten greifen zu kurz

Speicherhöchstfristen für personenbezogene Daten sehen die datenschutzrechtlichen Regelungen nicht vor. Die Vorschrift des § 35 Abs. 2 Nr. 4 BDSG schreibt lediglich vor, dass am Ende des vierten bzw. bei Daten zu erledigten Sachverhalten am Ende des dritten Kalenderjahres nach dem Kalenderjahr der erstmaligen Speicherung eine Prüfung zu erfolgen hat, ob die weitere Speicherung der Daten erforderlich ist. Dieses System ist nicht geeignet, die Aktualität der bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen Daten sicherzustellen. Viele Verträge haben eine Vertragslaufzeit weit unter drei bzw. vier Jahren. Die Prüfungsfrist sollte daher für alle Sachverhalte höchstens zwei Jahre betragen. Außerdem sollte nicht nur die Erforderlichkeit der weiteren Speicherung, sondern auch die Aktualität der Daten geprüft werden. Stichtag sollte der Tag der Einmeldung sein. Durch diese kürzeren Abstände zwischen den Prüfungen und eine Ausweitung des Prüfungsumfangs können Versäumnisse der (Kredit-) Unternehmen bei der Nachberichtigung von Vertragsdaten aufgefangen werden. Bei Vertragsdaten könnte die Erforderlichkeitsprüfung daher um eine Vergewisserung bei dem einmeldenden (Kredit-)Unternehmen über das Fortbestehen des Vertragsverhältnisses erweitert werden. Nicht erforderlich ist es hingegen, bestimmte Speicherhöchstfristen für das Merkmal der Erteilung der Restschuldbefreiung oder der Eintragung in das Schuldnerverzeichnis einzuführen. Diese Informationen sind für ein effektives Risikomanagementsystem in vielen Fällen auch dann noch von Interesse, wenn sie bereits einige Zeit zurückliegen. Die vom Gesetz vorgesehene Einzelfallprüfung ist daher interessengerecht.

[1066] *Behm*, RDV 2010, 61 (70); *Hammersen/Eisenried*, ZD 2014, 342 (343); ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 36.

[1067] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 7.4.2015, Az.: 24 U 82/14, ZD 2015, 335 f.

X. Auskunftsrecht ermöglicht keine Überprüfungen

Die Auskunftsansprüche des Betroffenen aus § 34 Abs. 2 und Abs. 4 BDSG leisten einen effektiven Beitrag zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte. Der Auskunftsanspruch gegenüber Wirtschaftsauskunfteien hat jedoch eine Schwachstelle, da er vom Betroffenen nur einmal jährlich kostenlos geltend gemacht werden kann, § 34 Abs. 8 S. 2 BDSG. Stellt der Betroffene bei der Einholung dieser Selbstauskunft fest, dass unrichtige oder nicht mehr aktuelle Daten zu seiner Person gespeichert sind, kann er seine Ansprüche auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung gemäß § 35 BDSG geltend machen. Eine Überprüfung, ob die Wirtschaftsauskunftei den Anspruchszielen entsprochen hat, ist für den Betroffenen jedoch erst ein Jahr später kostenlos möglich. In der Zwischenzeit fällt für die Überprüfung ein Entgelt an. Das ist nicht interessengerecht. Bei Geltendmachung von Ansprüchen nach § 35 BDSG sollte dem Betroffenen mindestens eine weitere kostenlose Selbstauskunft jährlich zustehen. Sinnvoller wäre sogar eine aktive Auskunftspflicht der Wirtschaftsauskunfteien über die Entsprechung bzw. Nichtentsprechung der geltend gemachten Ansprüche. Schließlich kann der Betroffen nicht abschätzen, welche Dauer die Anspruchsprüfung und -durchsetzung durch die Wirtschaftsauskunfteien einnimmt. Daher weiß er auch nicht, wann die Geltendmachung einer zweiten kostenlosen Auskunft zur Überprüfung angezeigt wäre.

XI. Rechtsweg zu kostenintensiv und langwierig

Neben den Ansprüchen aus § 35 BDSG stehen dem Betroffenen Rechte auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz zu, wenn unrichtige Daten zu seiner Person erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Entsprechen die (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien den Anspruchszielen des Betroffenen nicht, steht dem Betroffenen der Rechtsweg offen. Klassische Gerichtsverfahren haben den Nachteil, dass sie meist langwierig und kostenintensiv sind. Das wird viele Betroffene von der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Rechte abhalten. Eine Vereinfachung der Durchsetzung der Betroffenenrechte, etwa durch die Einführung eines Schlichtungsverfahrens, könnte diese Probleme lösen.

3. Teil: Abgrenzung Datenschutzrecht und Verbraucherschutzrecht

Der geltende Regelungsrahmen für das externe Scoring zur Bonitätsbewertung gewährleistet nicht die Berechnung richtiger und aussagekräftiger Scorewerte. Insoweit bestehen, wie gezeigt, eine Reihe von Schutzlücken. Im vierten Teil dieser Arbeit werden Vorschläge unterbereitet, um diese Schutzlücken zu schließen. Zuvor ist jedoch die Frage zu klären, wo der dogmatisch passende Regelungsort für Vorschriften zum Scoring ist, welche unrichtige Scorewerte verhindern und aussagekräftige Scorewerte gewährleisten sollen. In Betracht kommen neben dem Datenschutzrecht auch das allgemeine Zivilrecht und das Verbraucherschutzrecht. Letzteres ist bislang nicht in einem eigenen Gesetzbuch zusammengefasst.[1068] Vielmehr finden sich verbraucherschutzrechtliche Regelungen in verschiedenen Gesetzen, insbesondere im BGB und im UWG.[1069] Das Verbraucherschutzrecht ist daher kein sich klar abgrenzendes Rechtsgebiet, sondern die Gesamtheit der Regelungen, die den Schutz von Verbrauchern bezwecken.[1070] Diese Untersuchung unternimmt dennoch den Versuch der dogmatischen Abgrenzung des Verbraucherschutzrechts vom Datenschutzrecht. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion um das Scoring in Deutschland wird die Differenzierung zwischen dem Datenschutzrecht und dem Verbraucherschutzrecht oft aufgeweicht.[1071] Terminologisch wird der datenschutzrechtlich Betroffene oftmals gleichgesetzt mit einem Verbraucher.[1072] Dabei erfüllt gar nicht jeder Betroffene i. S. d. Datenschutzrechts die Voraussetzungen des § 13 BGB an die Verbrauchereigenschaft.[1073] Auch die Einführung eines Verbandsklagerechts in das UKlaG bei Datenschutzverstößen durch Unternehmer zu Lasten eines Verbrauchers bedeutet eine weitere Aufweichung

---

1068 *Alexander*, Verbraucherschutzrecht, S. 10.

1069 *Tamm*, in: Tamm/Tonner, § 1 Verbraucherschutz und Privatautonomie, Rn. 3.

1070 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 11.

1071 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 15, 18 u. a.

1072 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 15, 18 u. a.

1073 Vgl. *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 52.

der Grenzen zwischen dem Datenschutz- und dem Verbraucherschutzrecht.[1074] Die Rechtsprechung ist sich uneins.[1075] Teilweise wird eine verbraucherschützende Funktion für Vorschriften des BDSG abgelehnt,[1076] teils bejaht.[1077] Letzteres ist gewiss kein Beleg dafür, dass Datenschutzrecht auch Verbraucherschutzrecht ist. Es könnte sich vielmehr lediglich um die praktische Anerkennung von dogmatisch unsauberer Datenschutzgesetzgebung handeln. Der Gesetzgeber hat unlängst durch die Einführung des Verbraucherbegriffs in das BDSG, § 29 Abs. 6 und 7 BDSG, die Trennung zwischen Datenschutz- und Verbraucherschutzrecht scheinbar aufgegeben.[1078] Diese Arbeit vertritt die These, dass Datenschutzrecht nicht gleich Verbraucherschutzrecht ist.

A. Schutzgüter

Zunächst werden die unterschiedlichen Schutzgüter des Datenschutz- und des Verbraucherschutzrechts dargestellt.

I. Datenschutzrecht

Global gesehen gibt es nicht *das* Datenschutzrecht. Hierzu unterscheidet sich die datenschutzrechtliche Gesetzgebung hinsichtlich Entstehungsgeschichte sowie Regelungsart und -dichte weltweit zu sehr.[1079] Insbesondere die Unterschiede zwischen US-amerikanischem und europäischem Datenschutzrecht sind groß.[1080] Diese Arbeit stützt sich auf das deutsche Datenschutzrecht. Dieses ist jedoch spätestens seit Inkrafttreten der europäischen Datenschutzrichtli-

---

1074 Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, BT-Drucks. 18/4631, 15.4.2015.

1075 *Köpernik*, VuR 2014, 240 (240 f.).

1076 OLG München, Urt. v. 12. 1.2012, Az.: 29 U 3926/11, GRUR-RR 2012, 395 (396); OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.6.2005, Az.: 6 U 168/04, NJW-RR 2005, 1280 (1281); OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.2.2004, Az.: I-7 U 149/03, ZUM-RD 2004, 236 (237).

1077 KG Berlin, Urt. v. 24.1.2014, Az.: 5 U 42/12, ZD 2014, 412 (416); OLG Karlsruhe, Urt. v. 9. 5.2012, Az.: 6 U 38/11, NJW 2012, 3312 (3314).

1078 *Ehmann*, in: Simitis, § 28b, Rn. 51, Fn. 79; BT-Drucks. 16/11643, 21.1.2009, S. 34f..

1079 *Simitis*, in: Simitis, Einleitung, Rn. 127 ff; Hoang, Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary 2012, 810 (843).

1080 *Schwartz/Solove*, California Law Review 2014, 877 (880 f.).

nie[1081] im Jahr 1995 und deren Umsetzung vielmehr europäisches Datenschutzrecht. Diese Entwicklung setzt sich mit der europäischen Datenschutz-Grundverordnung fort. Das Schutzgut des deutschen Datenschutzrechts wird daher vor dem Hintergrund europäischer Regelungen bestimmt.

1. Verankerung des Datenschutzrechts

Das Datenschutzrecht ist in der Europäischen Union gleich mehrfach verankert. Die folgende Darstellung ist nicht abschließend. Im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ist in Art. 16 Abs. 1 AEUV das Recht jeder Person auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten festgelegt. Daneben ist der Datenschutz auch grundrechtlich verankert. Grundsätzlich besteht in der Europäischen Union ein dreigliedriger Grundrechtsschutz.[1082] Art. 6 Abs. 1 EUV stellt klar, dass es sich bei der Charta der Grundrechte der Europäischen Union um Primärrecht handelt.[1083] Nach Art. 6 Abs. 3 EUV sind außerdem die Grundrechte der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – deren Beitritt die Europäische Union anstrebt – sowie die Grundrechte der Mitgliedstaaten, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergeben, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. In Art. 8 der Europäischen Grundrechte-Charta (GRC) ist der Schutz personenbezogener Daten ausdrücklich festgelegt:

Artikel 8
Schutz personenbezogener Daten
(1) Jede Person hat das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.
(2) Diese Daten dürfen nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken.
(3) Die Einhaltung dieser Vorschriften wird von einer unabhängigen Stelle überwacht.

[1081] RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995.

[1082] *Kirchhof*, NJW 2011, 3681 (3681).

[1083] *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 6 EUV, Rn. 56.

In der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten des Europarates (EMRK) wird der Begriff *Daten* nicht genannt. Dennoch wird der Datenschutz in das durch Art. 8 Abs. 1 der EMRK gewährte Recht auf Achtung des Privatlebens hineingelesen.[1084] Die Terminologie stammt aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum, wo Datenschutz nicht als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts, sondern als Recht auf Privatheit verstanden wird.[1085]

Artikel 8
Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens
(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

Den Datenschutz hat außerdem das Ministerkomitee des Europarates im Jahr 1981 durch die Europäische Datenschutzkonvention (sog. Straßburger Vertrag) gestärkt.[1086] Bei dem „Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten“[1087] handelt es sich nach der Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten um die erste völkerrechtlich verbindliche internationale Datenschutzregelung, deren Mindeststandards das nationale Recht der Mitgliedstaaten erfüllen muss.[1088] Die internationalen „Leitlinien für den Schutz des Persönlichkeitsbereichs und den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten“ der OECD[1089] aus dem Jahr 1980 sind hingegen nur unverbindliche Empfehlungen.[1090] Ebenso wie die von den Vereinten Nationen im Jahr 1990 verabschiedeten „Richtlinien zur Verarbeitung personenbezogener Daten in automatisierten Dateien“[1091].[1092]

1084 M. w. N. *Simitis*, in: Simitis, Einleitung, Rn. 151.

1085 *Bygrave*, Scandinavian Studies in Law 2004, 319 (320); *Weichert*, VuR 2006, 377 (378).

1086 *Hondius*, Netherlands International Law Review 1983, 103 (105).

1087 https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078b38 (zuletzt abgerufen am 4.1.2016).

1088 *Simitis*, in: Simitis, Einleitung, Rn. 153.

1089 OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm (zuletzt abgerufen am 4.1.2016).

1090 *Simitis*, in: Simitis, Einleitung, Rn. 195; *Baumer/Earp/Poindexter*, Computers & Security 2004, 400 (402).

1091 Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files, G.A. res. 44/132, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 211, U.N. Doc. A/44/49 (1989), https://www1.umn.edu/humanrts/instree/q2grcpd.htm (zuletzt abgerufen am 4.1.2016).

1092 *Simitis*, in: Simitis, Einleitung, Rn. 195.

Als drittes Glied des europäischen Grundrechtsschutzes sind die Grundrechte der EU-Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des EU-Rechts anerkannt, Art. 6 Abs. 3 EUV. Diese Arbeit beschränkt sich auf eine Erörterung des grundrechtlichen Datenschutzes in der Bundesrepublik Deutschland. Im deutschen Grundgesetz ist der Datenschutz nicht ausdrücklich verankert. Ein Grundrecht auf Datenschutz hat jedoch das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1983 im Volkszählungsurteil aus dem Schutzgehalt des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet.[1093] Es handelt sich um das Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung.[1094] Im Kern schützt dieses Grundrecht die Persönlichkeit des Einzelnen.[1095] Angesichts der Möglichkeiten der modernen Datenverarbeitung ist die Persönlichkeit besonderen Gefährdungen ausgesetzt.[1096] Das als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet daher die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu entscheiden.[1097] Das BVerfG betont, dass der Einzelne in seinen individuellen Entfaltungschancen wesentlich beeinträchtigt sei, wenn er nicht überschauen könne, welche Informationen zu seiner Person in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt seien.[1098] Dies hemme die Freiheit, selbstbestimmt zu planen und zu entscheiden.[1099] Eine Einschränkung der individuellen Entfaltungschancen beeinträchtige gleichzeitig auch das Gemeinwohl, da Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlich demokratischen Gemeinwesens sei.[1100]

Die europäische Datenschutzrichtlinie 95/46/EG aus dem Jahr 1995 legt in Art. 1 Abs. 1 fest:

„Die Mitgliedstaaten gewährleisten nach den Bestimmungen dieser Richtlinie den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten."

[1093] BVerfG 65, 1 (41 ff.) – Volkszählung.

[1094] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

[1095] *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, Art. 2 GG, Rn. 16.

[1096] BVerfG 65, 1 (42) – Volkszählung.

[1097] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

[1098] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

[1099] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

[1100] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

Auch Art. 1 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG] legt den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten sowie des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten als Ziele der Verordnung fest („This Regulation protects fundamental rights and freedoms of natural persons and in particular their right to the protection of personal data"). Der Zweck des BDSG ist in § 1 Abs. 1 des Gesetzes niedergelegt. Danach ist der Zweck dieses Gesetzes den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird, § 1 Abs. 1 BDSG.

2. Schutzgut des Datenschutzrechts

Auf europäischer Ebene verfolgt der Datenschutz mehrere Schutzziele. Neben dem Schutz personenbezogener Daten werden die Harmonisierung des Datenschutzes in den Mitgliedstaaten und die Gewährleistung des freien Binnenverkehrs personenbezogener Daten angestrebt.[1101] Entscheidend für die Abgrenzung des Datenschutzrechts zum Verbraucherschutzrecht ist jedoch die konkrete Bestimmung des Schutzgutes. Unter Heranziehung des Wortlauts von Art. 16 Abs. 1 AEUV und Art. 8 Abs. 1 GRC sind personenbezogene Daten das Schutzgut des Datenschutzrechts. Eine genauere Bestimmung lässt der Wortlaut der Regelungen nicht zu. Art. 8 Abs. 1 EMRK nennt den Schutz des Privatlebens. Die Argumentation des BVerfG im Volkzählungsurteil gibt demgegenüber genauere Angaben. Das BVerfG konnte sich nicht auf ein bereits existierendes Grundrecht zum Datenschutz beziehen, es musste dieses selbst entwickeln. Dabei entschied sich das Gericht für eine Auslegung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Dass es sich bei dem vom BVerfG hergeleiteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung um eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt, begründete das Gericht überzeugend. Wenn eine Person nicht erfährt, welche ihrer Daten wem bekannt sind, könnte sie aus Sorge zu viel über sich preiszugeben, ihr selbstbestimmtes Verhalten einschränken. Die Freiheit zur individuellen Entwicklung würde beeinträchtigt und dadurch auch das Gemeinwohl, das auf die Mitwirkung seiner selbstbestimmten Bürger angewiesen ist.[1102] Der Schutz der Persönlichkeit des Einzelnen durch das Datenschutzrecht ist somit die vorgelagerte Grundvoraussetzung für den Erhalt seiner

[1101] Art. 1 DS-GVO[TRILOG]; Art. 1 DSRL.

[1102] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

Selbstbestimmung. Das OLG Düsseldorf führt anschaulich aus: „Schutzgut des Datenschutzes ist nicht das Vermögen und die ökonomische Durchsetzungskraft des Betroffenen, sondern vielmehr sein allgemeines Persönlichkeitsrecht.“[1103] Auch in der Schweiz, Norwegen und Schweden dreht sich die datenschutzrechtliche Diskussion um den Schutz der „personality“ bzw. der „personal integrity“.[1104] Datenschutz ist somit Persönlichkeitsschutz.[1105] Jedenfalls kann dies für den Datenschutz in Deutschland gefolgert werden. Dem stehen die Vorschriften aus dem AEUV, der GRC und der EMRK nicht entgegen, vielmehr kann dieses Ergebnis als eine Konkretisierung des durch sie festgelegten Schutzes personenbezogener Daten bzw. des Schutzes des Privatlebens im anglo-amerikanischen Rechtsraum angesehen werden. Auch der in der europäischen Datenschutzrichtlinie vorgesehene Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten sowie der Privatsphäre deckt sich im Ergebnis mit dem Persönlichkeitsschutz.[1106] Ein Eigentumsrecht des Betroffenen an den Daten zu seiner Person lässt sich daraus jedoch nicht ableiten.[1107]

II. Verbraucherschutzrecht

Das Schutzgut des Verbraucherschutzrechts wird ebenfalls zunächst anhand des deutschen und des europäischen Rechtsrahmens bestimmt.

1. Verankerung des Verbraucherschutzrechts

Auch der Verbraucherschutz ist in der Europäischen Union an verschiedenen Stellen verankert. Die folgende Darstellung ist nicht abschließend. Der Verbraucherschutz wird in Art. 38 GRC ausdrücklich geregelt. Darin heißt es sehr allgemein:
„Die Politik der Union stellt ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher.“

[1103] OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.2.2004, Az.: I-7 U 149/03, ZUM-RD 2004, 236 (237).

[1104] *Bygrave*, Scandinavian Studies in Law 2004, 319 (322).

[1105] So auch *Vogelgesang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, S. 16 f.

[1106] *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 1, Rn. 1.

[1107] *Bygrave*, Scandinavian Studies in Law 2004, 319 (324); *Hoeren*, MMR 2013, 486 (486).

Ein hohes Schutzniveau für den Verbraucherschutz verlangt das Primärrecht auch in Art. 114 Abs. 3 AEUV.[1108] In den allgemeinen Bestimmungen des AEUV bestimmt ferner Art. 12 AEUV:
„Den Erfordernissen des Verbraucherschutzes wird bei der Festlegung und Durchführung der anderen Unionspolitiken und -maßnahmen Rechnung getragen."
Im dritten Teil zu den internen Politiken und Maßnahmen der Union ist die Förderung des Verbraucherschutzes weiter konkretisiert:

Artikel 169
(1) Zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet die Union einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen.

Außerdem regelt die Vorschrift die Befugnisse der Union zum Erlass entsprechender Maßnahmen.
In der Bundesrepublik existiert kein Grundrecht auf Verbraucherschutz.[1109] Dennoch ergibt sich das Erfordernis zum Verbraucherschutz aus grundrechtlichen Gewährleistungen. *Kemper* bezeichnet Verbraucherschutz zutreffend als Sammelbegriff für „die Reaktion auf ein Problem".[1110] Das Problem ist für das Vertragsrecht bei der Privatautonomie zu verorten, die ihrerseits durch die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet wird.[1111] Der grundrechtliche Schutz bezieht sich auf die „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben".[1112] Die Privatautonomie setzt voraus, dass die Bedingungen für selbstbestimmtes Handeln auch tatsächlich gegeben sind.[1113] Insbesondere die Vertragsfreiheit ist Teil der Privatautonomie.[1114] Das Vertragsrecht stellt das zentrale Instrument des Zivilrechts dar, welches einen angemessenen Aus-

---

[1108] *Tonner*, in: Tamm/Tonner, § 4 Europäisches und globales Verbraucherschutzrecht, Rn. 12.

[1109] *Tonner*, in: Tamm/Tonner, § 4 Europäisches und globales Verbraucherschutzrecht, Rn. 12.

[1110] *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, S. 22.

[1111] *Tamm*, in: Tamm/Tonner, § 1 Verbraucherschutz und Privatautonomie, Rn. 36; *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 54 ff.

[1112] BVerfG 114, 1 (34).

[1113] BVerfG 114, 1 (34).

[1114] *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 54.

gleich der Interessen der Vertragsparteien ermöglicht.[1115] Dies funktioniert nach Ansicht des BVerfG jedoch nicht, „wenn auf Grund erheblich ungleicher Verhandlungspositionen der Vertragspartner einer von ihnen ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann“.[1116] Diese Situation bewirke die Fremdbestimmung des unterlegenen Vertragsteils.[1117]

Das BVerfG stellt für diese Situation klar: „[D]ann ist es Aufgabe des Rechts, auf Wahrung der Grundrechtspositionen der beteiligten Parteien hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.“[1118] Dies folge aus dem grundrechtlichen Schutz der Privatautonomie, Art. 2 Abs. 1 GG, und aus dem Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG.[1119] Verbraucherschutz bietet die Lösung dieses Problems. Umgesetzt wird dieser durch unterschiedliche Regelungen und Instrumentarien in verschiedenen Rechtsbereichen, denen gemeinsam ist, dass sie die Stellung des Verbrauchers verbessern sollen.[1120] Die Interdisziplinarität des Verbraucherschutzrechts zeigt auch Art. 169 AEUV. Verbraucherschutz ist in erster Linie im Zivilrecht geregelt, findet sich jedoch auch im Öffentlichen Recht und im Strafrecht.[1121] Der Versuch einer dogmatischen Einordnung des Verbraucherschutzrechts wird durch die Verortung in unterschiedlichen Regelungsmaterien erschwert.

Auf europäischer Ebene sind eine Reihe von Richtlinien beschlossen worden, die Verbraucherschutz in verschiedenen Bereichen verwirklichen sollen. Mit der Verbraucherkreditrichtlinie[1122], der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie[1123] und der jüngsten Verbraucherrechterichtlinie[1124] sind nur einige genannt.

1115 BVerfG 114, 1 (34).

1116 BVerfG 114, 1 (34).

1117 BVerfG 89, 214 (232) – Bürgschaft.

1118 BVerfG 114, 1 (34).

1119 BVerfG 214 (232) – Bürgschaft.

1120 *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, S. 22 f.

1121 *Tamm*, in: Tamm/Tonner, § 1 Verbraucherschutz und Privatautonomie, Rn. 3.

1122 RL-EG 2008/48/EG, ABl. EU Nr. L 133/66 v. 22.5.2008.

1123 RL-EG 1999/44/EG, ABl. EG Nr. L 171/12 v. 7.7.1999.

1124 RL-EU 2011/83/EU, ABl. EU Nr. L 304/64 v. 22.11.2011.

2. *Schutzgut des Verbraucherschutzrechts*

Das Verbraucherschutzrecht zielt darauf ab, die Unterlegenheit von Privatpersonen gegenüber Anbietern im Rechtsverkehr durch gesetzliche Regelungen und außergesetzliche Instrumentarien zu kompensieren. *Tamm* spricht von dem Ziel „der Protektion der Interessen privater Endverbraucher im Verhältnis zum Anbieter".[1125] Deshalb ist die Anknüpfung an eine „Business to Consumer" (B2C)-Situation kennzeichnend für das Verbraucherschutzrecht.[1126] Das EU-Recht ermöglicht hierzu Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit, der wirtschaftlichen Interessen von Verbrauchern sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen, Art. 169 Abs. 1 AEUV. Aus deutscher verfassungsrechtlicher Perspektive bezweckt die Gesetzgebung im Verbrauchervertragsrecht die Gewährleistung der Privatautonomie und damit der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, für den Verbraucher. Mit anderen Worten schützt das Verbrauchervertragsrecht die „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben".[1127] Diese „wirtschaftliche Selbstbestimmung"[1128] ist das Schutzgut des Verbrauchervertragsrechts. Teilweise wird es auch als „rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung" bezeichnet.[1129] Diesem Schutzgut steht die europarechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes gemäß Art. 169 Abs. 1 AEUV nicht entgegen. Die Vorschrift geht allerdings weiter, wenn sie zusätzlich zu der Gewährleistung „wirtschaftlicher Selbstbestimmung"[1130] des Verbrauchers (Schutz der wirtschaftlichen Interessen von Verbrauchern, Förderung ihres Rechts auf Information und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen) einen Schutz der Sicherheit und Gesundheit von Verbrauchern sowie die Förderung ihrer Erziehung fordert. Die „wirtschaftliche Selbstbestimmung"[1131] kann daher nicht als einziges Schutzgut des gesamten Verbraucherschutzrechts herausgearbeitet werden.

1125 *Tamm*, in: Tamm/Tonner, § 1 Verbraucherschutz und Privatautonomie, Rn. 3.

1126 *Tamm*, in: Tamm/Tonner, § 2 Die gesetzlichen Definitionen der Begriffe Verbraucher und Unternehmer, Rn. 1.

1127 BVerfG 114, 1 (34).

1128 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

1129 *Sedlmeier*, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, S. 28.

1130 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

1131 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

Die sonstigen Schutzgüter des Verbraucherschutzrechts sind abhängig von den Gefährdungslagen zu bestimmen, denen durch verbraucherschutzrechtliche Regelungen und Instrumentarien begegnet wird. Im Gesundheitsbereich ist etwa das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit geschützt. Den Gefährdungslagen, auf die das Verbraucherschutzrecht reagiert, ist gemein, dass sie eine besondere Schutzbedürftigkeit desjenigen begründen, der als Verbraucher auftritt.[1132] Nach *Kemper* kann eine solche „Schutzbedürftigkeit […] angenommen werden, wenn für Verbraucher wegen ihrer besonderen Rolle Gefahren für Rechtsgüter oder das Vermögen bestehen, denen Anbieter nicht in gleicher Weise ausgesetzt sind und deren Inkaufnahme die Rechtsordnung den Verbrauchern deswegen nicht zumuten kann." Eine Beschränkung auf wirtschaftliche Gefahren nimmt *Kemper* nicht vor. Für die Trennung des Datenschutzrechts vom Verbraucherschutzrecht ist daher nicht nur die Bedrohung eines Schutzguts, sondern vor allem die besondere Schutzbedürftigkeit des Rechtsgutträgers im Hinblick auf diese Bedrohung entscheidend.

B. Schutzsubjekte

Das Schutzsubjekt des Datenschutzrechts ist der Betroffene. Im Verbraucherschutzrecht ist es der Verbraucher. Rein terminologisch unterscheiden sich damit die Schutzsubjekte der beiden Rechtsbereiche. Dies zeigen im Folgenden auch die einfachgesetzlich festgelegten Definitionen des Betroffenen- und des Verbraucherbegriffs. Anders als teilweise vorausgesetzt[1133] kennt die Terminologie des Datenschutzrechts nicht den betroffenen Verbraucher. Die Vorschriften des § 29 Abs. 6 und 7 BDSG sind dogmatisch an der falschen Stelle geregelte Ausnahmen.[1134]

I. Der Betroffene im Datenschutzrecht

Das Schutzsubjekt des Datenschutzrechts wird weder in den Verträgen der Europäischen Union noch im Rahmen der grundrechtlichen Gewährleistungen des

---

[1132] *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, S. 30 f.

[1133] Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, BT-Drucks. 18/4631, 15.4.2015, S. 2.

[1134] *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 18, 245.

Datenschutzes definiert. In der europäischen Datenschutzrichtlinie ist die betroffene Person als bestimmte oder bestimmbare natürliche Person, über die Informationen vorliegen, legaldefiniert, Art. 2 lit. a. DS-RL 95/46/EG.[1135] Eine sehr ähnliche Definition ist in Art. 4 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] vorgesehen. Das BDSG definiert in § 3 Abs. 1 BDSG den Betroffenen als bestimmte oder bestimmbare natürliche Person, über die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse vorliegen. Das europäische Datenschutzrecht legt demnach Standards für den Datenschutz natürlicher Personen fest. Die Mitgliedstaaten können den Anwendungsbereich jedoch ihrerseits auf juristische Personen und Personenvereinigungen ausdehnen. Italien, Dänemark, Österreich und Luxemburg haben dies getan.[1136] Doch auch in Deutschland ist das Datenschutzrecht für Informationen über juristische Personen und Personenvereinigungen einschlägig, wenn sich diese gleichzeitig auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen.[1137] Dies ist etwa bei Informationen über eine Ein-Mann-GmbH der Fall.[1138] Auch bei rechtsfähigen Personengesellschaften beziehen sich Informationen über das Unternehmen regelmäßig gleichzeitig auf die dahinterstehenden Gesellschafter, mithin auf natürliche Personen.[1139] Die Beispiele verdeutlichen einen wesentlichen Unterschied zwischen den Schutzsubjekten des Datenschutz- und des Verbraucherschutzrechts. Der Betroffene bzw. die betroffene Person im Datenschutzrecht kann sowohl eine Privatperson als auch ein Unternehmer sein.

II. Der Verbraucher im Verbraucherschutzrecht

Das Schutzsubjekt des Verbraucherschutzrechts ist der Verbraucher im Unterschied zum Unternehmer. Eine Definition des Verbraucherbegriffs findet sich weder in den Verträgen der Europäischen Union noch in der Europäischen Grundrechte-Charta.[1140] Den zum Verbraucherschutz ergangenen Richtlinien

---

1135 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 38.

1136 *Kuner*, European Data Privacy Law and Online Business, S. 55, Rn. 2.14.

1137 *Dammann*, in: Simitis, § 3, Rn. 19.

1138 BGH, Urt. v. 17.12.1985, Az.: VI ZR 244/84, NJW 1986, 2505 (2506); *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 3, Rn. 11.

1139 *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 52 ff.

1140 *Čikara*, Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien, S. 55 f.

liegt keine einheitliche Definition zugrunde.[1141] Gemäß § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Auf die gleichen Begriffsmerkmale stellt auch Art. 2 Nr. 1 der Verbraucherrichtlinie[1142] ab. Unternehmer ist gemäß § 14 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine ganz ähnliche Definition ist in Art. 2 Nr. 2 der Verbraucherrichtlinie[1143] geregelt. Entscheidend für das Vorliegen der Verbrauchereigenschaft sind somit der „private Handlungszweck" und das Handeln durch eine natürliche Person.[1144] Die privaten Handlungszwecke grenzen den Verbraucher vom Unternehmer ab, der gewerblich oder im Rahmen beruflicher Tätigkeit handelt.[1145] Es handelt sich um eine „rollensoziologische" Anknüpfung.[1146] Die Bevölkerung lässt sich nicht abstrakt in Verbraucher und Unternehmer einteilen.[1147] Dies sind vielmehr verschiedene Rollen, die je nach Zweck der Handlung von ein und derselben Person eingenommen werden.[1148] Theoretisch ist die gesamte Bevölkerung potentieller Verbraucher.[1149] Dementsprechend besteht die besondere Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers für natürliche Personen nicht absolut, sondern situativ.[1150] Der von einer Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung Betroffene kann daher in bestimmten Situationen gegenüber der für den Datenumgang verantwortlichen Stelle auch Verbraucher sein. Dies ist etwa der Fall, wenn der Datenumgang im Rahmen der Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Rechtsgeschäfts erfolgt, bei dem die natürliche Person zu privaten Zwecken handelt und schutzbedürftig ist. Das Zusammenfallen der Betroffenen-

---

1141 *Čikara*, Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien, S. 55.

1142 RL-EU 2011/83/EU, ABl. Nr. L 304/64 v. 22.11.2011, S. 72.

1143 RL-EU 2011/83/EU, ABl. Nr. L 304/64 v. 22.11.2011, S. 72.

1144 *Čikara*, Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien, S. 56; *Tamm*, in: Tamm/Tonner, § 2 Die gesetzlichen Definitionen der Begriffe Verbraucher und Unternehmer, Rn. 5.

1145 *Dick*, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung, S. 10.

1146 *Reich*, ZRP 1974, 187 (190).

1147 *Dick*, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung, S. 10.

1148 *Dick*, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung, S. 10.

1149 *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, S. 31.

1150 *Dick*, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung, S. 10.

und der Verbrauchereigenschaft ist jedoch nicht dem Datenschutzrecht bei bestimmten Datenverarbeitungen immanent, sondern stellt ein zufälliges, vom situativen Schutzbedürfnis der natürlichen Person abhängiges Phänomen dar. Für den Umgang mit personenbezogenen Daten allein besteht keine besondere Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern, da die Gefährdungslage für das Persönlichkeitsrecht aller betroffenen natürlichen Personen dieselbe ist, unabhängig von deren situativer Rolle als Verbraucher oder Unternehmer.

C. Regelungsmaterien

Aus den Regelungsmaterien ergeben sich keine Argumente für die Abgrenzung zwischen Datenschutz- und Verbraucherschutzrecht. Verbraucherschutz ist vornehmlich im Zivilrecht, teilweise aber auch im Öffentlichen Recht und im Strafrecht geregelt.[1151] Das Datenschutzrecht ist dem Öffentlichen Recht zuzuordnen. Ausweis hierfür ist vor allem die unabhängige staatliche Datenschutzaufsicht, § 38 Abs. 1 BDSG, Art. 28 DSRL[1152], Art. 46 ff. DS-GVO[TRILOG]. Dennoch sind nicht alle datenschutzrechtlichen Normen auch gleichzeitig Normen des öffentlichen Rechts. Nach herrschender Meinung ist das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Norm nach der „modifizierten Subjektstheorie“ zu bestimmen.[1153] Danach gehört eine Norm zum Öffentlichen Recht, wenn sie einseitig einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.[1154] Dies ist für die erörterten, für das externe Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien einschlägigen datenschutzrechtlichen Normen nicht der Fall. Im Datenschutzrecht befinden sich somit auch zahlreiche zivilrechtliche Normen. Die Regelungsmaterien der beiden Rechtsbereiche leisten somit keinen Beitrag zur Abgrenzung des Datenschutzrechts vom Verbraucherschutzrecht.

D. Abgrenzung

Für die Abgrenzung des Datenschutzrechts vom Verbraucherschutzrecht ist die besondere Schutzbedürftigkeit natürlicher Personen im Hinblick auf die Gefährdung eines Schutzgutes entscheidend. Liegt diese besondere Schutzbedürf-

---

1151 *Tamm*, in: Tamm/Tonner, § 1 Verbraucherschutz und Privatautonomie, Rn. 3.

1152 RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 47 f.

1153 *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 34, Rn. 126.

1154 *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 34, Rn. 127.

tigkeit vor, sind verbraucherschutzrechtliche Regelungen oder Instrumentarien erforderlich. Die Schutzgüter des Verbraucherschutzrechts unterscheiden sich je nach Gefährdungslage. Für das Verbrauchervertragsrecht ist jedoch die „wirtschaftliche Selbstbestimmung“[1155] als zentrales Schutzgut anzusehen. Das Schutzgut des Datenschutzrechts ist das Persönlichkeitsrecht. Der Unterschied zwischen Datenschutz- und Verbrauchervertragsrecht liegt in den Gefährdungslagen. Das Verbrauchervertragsrecht greift dort ein, wo natürliche Personen im geschäftlichen Verkehr gewerblichen Anbietern unterlegen und daher besonders schutzbedürftig sind.[1156] Das Datenschutzrecht greift hingegen ein, wenn der Umgang mit Daten geeignet ist, das Persönlichkeitsrecht einer natürlichen Person zu verletzen. Dies ist der Fall, wenn eine Stelle (öffentlich oder privat, gewerblich tätig oder nicht) personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt. Auf eine zusätzliche Schutzbedürftigkeit aufgrund von Unterlegenheit gegenüber gewerblich tätigen Stellen kommt es gerade nicht an. Die Gefahr einer Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts besteht beim Umgang mit personenbezogenen Daten immer und für betroffene natürliche Personen gleichermaßen, unabhängig davon, ob sie Verbraucher oder Unternehmer ist.

Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist – isoliert betrachtet – auch nicht geeignet, die betroffene Person wirtschaftlich zu schädigen. Es besteht insbesondere kein Eigentumsrecht des Betroffenen an seinen personenbezogenen Daten.[1157] Die wirtschaftliche Beeinträchtigung kann jedoch eine mittelbare Folge von Datenverarbeitungen und -nutzungen sein. Wenn etwa aufgrund personenbezogener Daten eine negative Vertragsentscheidung getroffen wird oder personenbezogene Daten für einen Vertrag genutzt werden, der Leistungsverpflichtungen auslöst. In der Praxis tauchen eine Vielzahl von Fällen auf, in denen das Datenschutzrecht und das Verbrauchervertragsrecht berührt sind, da jedes bargeldlose Rechtsgeschäft eines Verbrauchers gleichzeitig Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen erfordert. Der Verbraucher als Vertragsteil eines Rechtsgeschäfts ist dann gleichzeitig im Kontext der Datenverarbeitungen Betroffener i. S. d. Datenschutzrechts oder umgekehrt. Das setzt jedoch in jedem Einzelfall voraus, dass die Voraussetzungen für das Vorliegen der Verbrauchereigenschaft bei dem auch datenschutzrechtlich Betroffenen

---

1155 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

1156 *Alexander*, Verbraucherschutzrecht, S. 10.

1157 *Bygrave*, Scandinavian Studies in Law 2004, 319 (324); *Hoeren*, MMR 2013, 486 (486).

vorliegen. Dies ist keinesfalls zwingend. Ein und dieselbe Person kann bei einem Rechtsgeschäft zu gewerblichen Zwecken Unternehmer und bei einem anderen Rechtsgeschäft zu privaten Zwecken Verbraucher sein. Denn das Vorliegen der Voraussetzungen der Verbrauchereigenschaft kann nicht absolut, sondern nur situativ bestimmt werden.

I. Verbraucher- und wettbewerbsschützende Funktion des Datenschutzrechts

Dass das deutsche Datenschutzrecht das Persönlichkeitsrecht schützt, ist unumstritten. Allerdings schließt sich die Frage an, ob dem Datenschutzrecht gleichzeitig eine verbraucherschützende Funktion zukommt. Diese Frage wird vielfach positiv beantwortet.[1158] In der Diskussion wird die Erörterung einer verbraucherschützenden Funktion oftmals mit der Frage nach einer wettbewerbsrechtlichen Funktion des Datenschutzrechts vermischt. Anknüpfungspunkt ist § 4 Nr. 11 UWG, wonach unlauter handelt, wer gegen eine gesetzliche Vorschrift verstößt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Relevant sind somit nur Verstöße gegen Marktverhaltensvorschriften. Marktteilnehmer sind Wettbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer.[1159] „Dem Interesse der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer dient eine Norm, wenn sie deren Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit in Bezug auf die Marktteilnahme schützt; darüber hinaus auch dann, wenn sie den Schutz von Interessen, Rechten und Rechtsgütern dieser Personen bezweckt."[1160] Käme Datenschutzvorschriften eine verbraucherschützende Funktion zu, läge immer auch eine Marktverhaltensvorschrift vor.[1161] Verstöße gegen Datenschutzvorschriften könnten dann wettbewerbsrechtlich geahndet werden. Daher taucht die Frage nach der verbraucherschützenden Funktion von Datenschutzvorschriften oftmals im Zusammenhang mit der Frage nach dem Vorliegen einer Marktverhaltensvorschrift auf.[1162] Die Ablehnung

---

[1158] *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 1, Rn. 4; *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449 (454); *Schröder*, Anm. zu OLG München, Urt. v. 12.1.2012, Az.: 29 U 3926/11, ZD 2012, 331 (332); *Weichert*, VuR 2006, 377 (378, 380).

[1159] *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 11.34.

[1160] *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 11.35d.

[1161] *Weichert*, VuR 2006, 377 (379).

[1162] KG Berlin, Urt. v. 24.1.2014, Az.: 5 U 42/12, ZD 2014, 412 (416); OLG Karlsruhe, Urt. v. 9. 5.2012, Az.: 6 U 38/11, NJW 2012, 3312 (3314); OLG München,

einer verbraucherschützenden Funktion datenschutzrechtlicher Vorschriften schließt jedoch nicht aus, dass es sich bei ihnen um Marktverhaltensregelungen, etwa im Interesse von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern, handelt. Mit anderen Worten: Eine wettbewerbsrechtliche Ahndung von Datenschutzverstößen setzt nicht voraus, dass Datenschutzvorschriften eine verbraucherschützende Funktion zukommt. Ausreichend hierfür ist eine wettbewerbsschützende Funktion des Datenschutzrechts.

1. Auseinandersetzung mit den Argumenten für eine verbraucherschützende Funktion des Datenschutzrechts

Diejenigen, die für eine verbraucherschützende Funktion des Datenschutzrechts plädieren, bringen vor, dass dem Datenschutzrecht auch eine wirtschaftliche Dimension zukomme, wenn Daten von einem Unternehmen verarbeitet werden.[1163] Der Schutz des Verbrauchers vor Datenverarbeitungen durch Unternehmen sei Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.[1164] Dafür spricht, dass personenbezogene Daten längst ein handelsfähiges wirtschaftliches Gut sind.[1165] Das Geschäftsmodell unentgeltlicher Webangebote wie die der sog. Datenkraken *Google*, *Facebook* oder *Amazon* beruht auf der Sammlung personenbezogener Daten, um z. B. gezielt personalisierte Werbung schalten zu können.[1166] Dagegen spricht jedoch, dass die Erstreckung des Datenschutzrechts auf den Datenumgang zu wirtschaftlichen Zwecken nicht dessen verbraucherschützende Funktion begründet. § 1 Abs. 2 Nr. 3 a. E. BDSG schließt die Anwendbarkeit des BDSG für ausschließlich persönlichen oder familiären Tätigkeiten dienende Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen aus-

---

Urt. v. 12. 1.2012, Az.: 29 U 3926/11, GRUR-RR 2012, 395 (396); OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.6.2005, Az.: 6 U 168/04, NJW-RR 2005, 1280 (1281).

1163 Vgl. *Galetzka*, K&R 2015, 77 (80); *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449 (450).

1164 KG Berlin, Urt. v. 24.1.2014, Az.: 5 U42/12, CR 2014, 319 (325).

1165 *Edwards*, in: Brown, Research Handbook on Governance of the Internet, 309 (319); *Hoeren*, WuW 2013, 463.

1166 *Bager*, Der Datenkrake - Google und der Datenschutz, c´t Magazin, 2.5.2006, http://www.heise.de/ct/artikel/Der-Datenkrake-290454.html (zuletzt abgerufen am 4.1.2016); *Grabmair*, Datenkrake Facebook: Die Nutzer sind Ware – ihre Daten bares Geld, 25.4.2014, http://www.tech.de/news/datenkrake-facebook-nutzer-sind-ware-ihre-daten-bares-geld-10031040.html (zuletzt abgerufen am 4.1.2016); *Hetjens*, Wer weiß was über die Nutzer: Die wirkliche Datenkrake heißt Amazon, 25.10.2011, http://www.foerderland.de/digitale-wirtschaft/netzwertig/news/artikel/wer-weis-was-uber-die-nutzer-die-wirkliche-datenkrake-heist-amazon/ (zuletzt abgerufen am 4.1.2016).

drücklich aus. Eine Datenverarbeitung zu rein persönlichen, nicht geschäftlichen Zwecken ist daher gar nicht vom Anwendungsbereich des Datenschutzrechts erfasst. Die Tatsache, dass Normen des Datenschutzrechts faktisch den Umgang mit Daten zur wirtschaftlichen Betätigung der Betroffenen regeln, ist daher dem Zweck des Datenschutzrechts, das Persönlichkeitsrecht zu schützen, immanent. Für dieses besteht gerade im Rahmen wirtschaftlicher Betätigung des Betroffenen und den damit verbundenen Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen im privaten Sektor die Gefahr der Beeinträchtigung. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts, den das Datenschutzrecht bietet, folgt jedoch gerade nicht aus der besonderen Situation und Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern am Markt. Das Schutzbedürfnis besteht vielmehr für alle natürlichen Personen – ob Verbraucher oder Unternehmer – gleichermaßen.[1167] Natürliche Personen, die in Bezug auf ein Rechtsgeschäft die begrifflichen Voraussetzungen eines Unternehmers erfüllen, treten am Markt ebenso häufig als Kunden auf wie natürliche Personen, die ein Rechtsgeschäft als Verbraucher abschließen. Verbraucherschutz ist daher nicht Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern Datenschutz erfasst auch den Datenumgang zu Lasten von Betroffenen, die zufällig in Bezug auf ein Rechtsgeschäft Verbraucher sind. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten aus der geschäftlichen Betätigung des Betroffenen mit einem Unternehmer ist daher nicht geeignet, eine verbraucherschützende Funktion des Datenschutzrechts zu begründen.

Ferner wird die verbraucherschützende Funktion des Datenschutzrechts mit den Formulierungen in Erwägungsgrund 9, 33 und Art. 1 Abs. 1 der europäischen Datenschutzrichtlinie[1168] begründet.[1169] Dort werden der Schutz der Rechte und Freiheiten bzw. Grundrechte und Grundfreiheiten von natürlichen Personen und nur insbesondere der Schutz der Privatsphäre genannt.[1170] Daraus folge, dass die Datenschutzrichtlinie den Bürger über den Schutz der Privatsphäre hinaus, auch in jeder anderen Beziehung, also auch bei der Erhebung und weiteren Verarbeitung der Daten eines Verbrauchers im wirtschaftlichen Interesse eines Unternehmens, schütze.[1171] Diese Schlussfolgerung geben die Formulie-

---

[1167] So auch OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 30.6.2005, Az.: 6 U 168/04, NJW-RR 2005, 1280 (1281).

[1168] RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 32, 34, 38.

[1169] KG Berlin, Urt. v. 24.1.2014, Az.: 5 U42/12, CR 2014, 319 (326).

[1170] KG Berlin, Urt. v. 24.1.2014, Az.: 5 U42/12, CR 2014, 319 (326).

[1171] KG Berlin, Urt. v. 24.1.2014, Az.: 5 U42/12, CR 2014, 319 (326).

rungen der Datenschutzrichtlinie jedoch keinesfalls vor. Das BVerfG hat bereits im Volkszählungsurteil ausgeführt, dass die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen wesentlich beeinträchtigt werden, wenn er nicht überschauen kann, welche Informationen zu seiner Person in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind.[1172] Dies zu verhindern, ist Aufgabe des Datenschutzrechts. Denn nach Auffassung des BVerfG beeinträchtigt eine Einschränkung der individuellen Entfaltungschancen gleichzeitig auch das Gemeinwohl, da Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlich demokratischen Gemeinwesens ist.[1173] Die in der Datenschutzrichtlinie formulierten Ziele zum Schutz der Rechte und Freiheiten, Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen beziehen sich daher keinesfalls zwangsläufig auf einen durch die Richtlinie beabsichtigten Verbraucherschutz. Vielmehr ist anzunehmen, dass auf für die Funktionsfähigkeit einer freiheitlich demokratischen Grundordnung elementare Rechte, etwa Meinungsfreiheit und Versammlungsfreiheit, angespielt wird. Die Argumentation des BVerfG macht deutlich, dass Datenschutz mittelbar die Wahrnehmung entsprechender Rechte und Freiheiten durch den Einzelnen schützt und ermöglicht. Die Formulierungen der Datenschutzrichtlinie sind daher nicht geeignet, eine verbraucherschützende Funktion des europäischen Datenschutzrechts zu begründen.

Die Argumentationen für eine verbraucherschützende Funktion des Datenschutzrechts knüpfen regelmäßig an einzelne Vorschriften des BDSG an. Insbesondere wenn diese Vorschriften Informationspflichten und Formerfordernisse gegenüber dem Betroffenen oder Werbung der verantwortlichen Stelle regeln, wird ihnen eine verbraucherschützende Funktion zugeschrieben.[1174] *Weichert* nimmt dies etwa für §§ 4a Abs. 1 S. 3 und 4, 6a, 6c, 28 Abs. 4, 29 Abs. 4 BDSG an.[1175] Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass Informations- und Belehrungspflichten nicht in jedem Fall dem Verbraucherschutz, sondern in vielen Fällen dem einfachen Schutz von Rechtsgütern dienen.[1176] Wie zu Beginn dieses Kapitels bereits ausgeführt ist die verbraucherschützende Funktion einzelner Vorschriften im BDSG – wie sie unstreitig und ausdrücklich für § 29

[1172] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

[1173] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

[1174] *Weichert*, VuR 2006, 377 (380).

[1175] *Weichert*, VuR 2006, 377 (380).

[1176] OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.2.2004, Az.: I-7 U 149/03, ZUM-RD 2004, 236 (237).

Abs. 6 und 7 BDSG besteht – außerdem kein Argument dafür, dass das Datenschutzrecht Verbraucherschutzrecht ist. Es handelt sich vielmehr um einen Beleg dafür, dass der Gesetzgeber die unterschiedlichen Gefahrenlagen der Rechtsbereiche bei der Gesetzgebung oftmals missachtet und mit dem BDSG den falschen Regelungsort für verbraucherschützende Vorschriften wählt.

2. Auseinandersetzung mit den Argumenten für eine wettbewerbsschützende Funktion des Datenschutzrechts[1177]

Entscheidend für eine wettbewerbsschützende Funktion des Datenschutzrechts ist, ob es eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion aufweist.[1178] Das ist für jede datenschutzrechtliche Vorschrift, gegen die verstoßen wird, im Einzelfall zu bestimmen.[1179] Eine auf die Lauterkeit bezogene Schutzfunktion liegt nicht vor, wenn eine Vorschrift lediglich die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegen soll.[1180] Die Vorschrift muss zumindest „auch die Funktion haben, gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen".[1181] „Es reicht nicht aus, dass die Vorschrift ein Verhalten betrifft, das dem Marktverhalten vorausgegangen ist oder ihm erst nachfolgt. Fällt der Gesetzesverstoß nicht mit dem Marktverhalten zusammen, ist eine zumindest sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion der verletzten Norm erforderlich".[1182] Teilweise wird angenommen, dass Datenschutzverstöße dem relevanten Marktverhalten regelmäßig vorausgehen.[1183] In der Internetwirtschaft stellt jedoch der Handel mit personenbezogenen Daten, also deren Übermittlung i. S. d. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG und Art. DS-GVO[TRILOG] selbst das relevante Marktverhalten dar. Ist die Übermittlung datenschutzwidrig, fällt der Datenschutzverstoß mit dem Marktverhalten zusammen. Anders kann dies bei datenschutzwidrigen Datenerhebungen zu eigenen Werbezwecken der verantwortlichen Stelle sein, wobei auch hier die Nut-

---

[1177] Zu dieser Frage sind unter den Az.: I ZR 224/10 (Revision) und Az.: I ZR 65/14 (Nichtzulassungsbeschwerde) Verfahren beim BGH anhängig.

[1178] BGH, Urt. v. 2.12.2009, Az.: I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 (657), Rn. 23.

[1179] BGH, Urt. v. 2.12.2009, Az.: I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 (657), Rn. 23.

[1180] BGH, Urt. v. 2.12.2009, Az.: I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 (657), Rn. 23.

[1181] BGH, Urt. v. 2.12.2009, Az.: I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 (656), Rn. 18.

[1182] BGH, Urt. v. 2.12.2009, Az.: I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 (656), Rn. 18.

[1183] KG, Beschl. v. 29.4.2011, Az.: 5 W 88/11, MMR 2011, 464 (465); *Galetzka*, K&R 2015, 77 (78).

zung rechtswidrig erhobener Daten zu Werbezwecken ihrerseits einen Datenschutzverstoß darstellt und mit dem Marktverhalten – dem Werben – zusammenfällt. Die Fälle des vorgelagerten Datenschutzverstoßes, in denen es auf das Vorliegen einer sekundär wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion der einschlägigen Datenschutzvorschriften ankommt, werden in der Praxis daher immer seltener auftauchen.

Teilweise wird die Marktbezogenheit für Vorschriften des BDSG mit dem Argument abgelehnt, dass der Schutzzweck allein im Schutz des Einzelnen vor Beeinträchtigungen seines Persönlichkeitsrechts durch den Umgang mit seinen Daten liege.[1184] Ein darüber hinausgehender wettbewerbsschützender Zweck, das Werbeverhalten von Unternehmen im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln bzw. gleiche Voraussetzungen für werbende Unternehmen zu schaffen, sei dem BDSG nicht zu entnehmen.[1185] Zur Begründung der Ablehnung einer verbraucherschützenden Funktion des Datenschutzrechts ist diese Argumentation anhand des Schutzgut des Datenschutzrechts, dem Persönlichkeitsrecht, überzeugend. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts zielt gerade nicht darauf ab, die Stellung der Verbraucher am Markt zu verbessern. Dass es sich beim Schutzgut des Datenschutzrechts um das Persönlichkeitsrecht handelt, schließt jedoch nicht eine darüber hinausgehende wettbewerbsschützende Funktion des Datenschutzrechts aus. Für eine wettbewerbsschützende Funktion des Datenschutzrechts spricht, dass Daten eine handelsfähiges Gut sind.[1186] Die Sammlung von und der Handel mit personenbezogenen Daten bestimmt das Geschäftsmodell vermeintlich kostenloser Webangebote der Internetwirtschaft, etwa von *Google*, *Facebook*, *Apple* und Co.[1187] *Hoeren* bezeichnet personenbezogene Daten als „neue Währung der Internetwirtschaft".[1188] Auch Wirtschaftsauskunfteien, die externes Scoring durchführen, handeln mit personenbezogenen Daten.[1189] Gehört der Umgang mit personenbezogenen Daten zum Geschäftsmodell eines Unternehmens, wird dessen Marktverhalten durch das Datenschutz-

---

1184 OLG München, Urt. v. 12.1.2012, Az.: 29 U 3926/11, GRUR-RR 2012, 395 (396).

1185 OLG München, Urt. v. 12.1.2012, Az.: 29 U 3926/11, GRUR-RR 2012, 395 (396).

1186 *Schmidt*, in: Teager/Gabel, § 1, Rn. 14; *Edwards*, in: Brown, Research Handbook on Governance of the Internet, 309 (319); *Galetzka*, K&R 2015, 77 (80); *Hoeren*, WuW 2013, 463; *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449 (450).

1187 *Galetzka*, K&R 2015, 77 (80); *Hoeren*, WuW 2013, 463.

1188 *Hoeren*, WuW 2013, 463.

1189 *Weichert*, VuR 2006, 377 (381); *Hoeren/Lütkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, S. 119.

recht geregelt und in vielen Fällen begrenzt. Hinzu kommt, dass sich große Internetanbieter bekanntermaßen Wettbewerbsvorteile dadurch verschaffen, dass sie – anders als ihre gesetzestreuen Mitbewerber – systematisch Datenschutzverstöße begehen.[1190] Auf diese Weise werden Kosten für Maßnahmen zur Einhaltung der bestehenden Datenschutzvorschriften eingespart.[1191] Es handelt sich bei den Auswirkungen von Datenschutzverstößen auf den Wettbewerb nicht um bloße Reflexe.[1192] Das Datenschutzrecht bezweckt zwar nicht originär den Schutz des Wettbewerbs durch die Schaffung gleicher Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber. Die tatsächliche Entwicklung der Internetwirtschaft zu einer Handelsplattform für personenbezogene Daten führt jedoch dazu, dass dem Datenschutzrecht eine wettbewerbsschützende Funktion zukommt.[1193] Diese Argumentation begründet jedoch nicht eine wettbewerbsschützende Funktion des gesamten Datenschutzrechts, sondern nur der Datenschutzvorschriften, welche den Datenumgang verantwortlicher Stellen regeln, die mit anderen verantwortlichen Stellen im Wettbewerb stehen und personenbezogene Daten als Wirtschaftsgut nutzen.[1194] Dies gilt insbesondere für die Vorschriften des dritten Abschnitts des BDSG, §§ 27-38a BDSG.[1195] Wettbewerbsschützende Funktion haben somit insbesondere die Erlaubnisnormen des BDSG, die den Umgang mit Daten durch (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien im Rahmen des Scoring regeln.[1196] Werden personenbezogene Daten von einem Unternehmen lediglich für den internen Gebrauch erhoben, verarbeitet oder genutzt, besteht hingegen keine wettbewerbsschützende Funktion der einschlägigen Datenschutzvorschriften, es fehlt dann an einem Marktbezug.[1197]

1190 *Galetzka*, K&R 2015, 77 (80); *Hoeren*, WuW 2013, 463.

1191 *Hoeren*, WuW 2013, 463.

1192 OLG Stuttgart, Urt. v. 22.2.2007, Az.: 2 U 132/06, MMR 2007, 437 (438).

1193 *Schmidt*, in: Taeger/Gabel, § 1, Rn. 14.

1194 *Hoeren/Lütkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, S. 123.

1195 *Weichert*, VuR 2006, 377 (380).

1196 *Schmidt*, in: Taeger/Gabel, § 1, Rn. 15.

1197 *Weichert*, VuR 2006, 377 (381); *Hoeren/Lütkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, S. 123.

3. Stellungnahme

Nach alledem kommt dem Datenschutzrecht keine verbraucherschützende Funktion zu. Entscheidend ist, dass das Datenschutzrecht nicht einen Ausgleich der unterlegenen Stellung von Verbrauchern gegenüber Unternehmern bezweckt, wie ihn das Verbraucherschutzrecht sucht. Das Datenschutzrecht regelt nicht den Schutz von Verbrauchern, sondern den Schutz natürlicher Personen vor Beeinträchtigungen ihres Persönlichkeitsrechts. Dieser Schutz greift insbesondere unabhängig davon ein, ob es sich bei natürlichen Personen um Verbraucher oder Unternehmer handelt. Dass betroffene Personen im Einzelfall zufällig auch die Voraussetzungen der Verbrauchereigenschaft erfüllen, macht das Datenschutzrecht nicht zu Verbraucherschutzrecht.
Demgegenüber kommt einigen Datenschutzvorschriften eine wettbewerbsschützende Funktion zu. Das Schutzgut des Datenschutzrechts ist zwar das Persönlichkeitsrecht natürlicher Personen. Aufgrund der faktischen Entwicklung personenbezogener Daten zu einem handelsfähigen Wirtschaftsgut, kommt dem Datenschutzrecht jedoch dort, wo es den Datenumgang durch verantwortliche Stellen regelt, die miteinander im Wettbewerb stehen und mit dem Wirtschaftsgut personenbezogene Daten handeln, auch eine wettbewerbsschützende Funktion zu.[1198]

II. Regelungsgrund bestimmt Regelungsort

Abschließend stellt sich die Frage, welche konkreten Regelungsinhalte im Datenschutzrecht und welche im Verbrauchervertragsrecht zu regeln sind. Dies bestimmt sich danach, ob eine Regelung den Schutz des Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen bezweckt. Dann ist das Datenschutzrecht der richtige Regelungsort. Dient eine Vorschrift hingegen dem Erhalt der „wirtschaftlichen Selbstbestimmung“[1199] von Verbrauchern und knüpft an deren besondere Schutzbedürftigkeit an, so ist sie im Verbrauchervertragsrecht zu regeln. Um das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zu wahren, sind durch das Datenschutzrecht Regelungen zu treffen, die sicherstellen, dass er Kenntnis erhalten

---

[1198] So i. E. auch *Galetzka*, K&R 2015, 77 (80); *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449 (452); Schröder, Anm. zu OLG München, Urt. v. 12.1.2012, Az.: 29 U 3926/11, ZD 2012, 331 (332); *Weichert*, VuR 2006, 377 (380).

[1199] *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

kann darüber, wer, was, wann und bei welcher Gelegenheit anhand seiner personenbezogenen Daten über ihn weiß.[1200] Das BVerfG hat bereits im Volkszählungsurteil klargestellt, dass die Unkenntnis des Einzelnen über die Umstände der Verarbeitung seiner Daten dazu führen kann, dass er sich zurückzieht und von den Freiheitsrechten umfasste Handlungen unterlässt, wodurch die Grundkonzeption des freiheitlich demokratischen Gemeinwesens gefährdet würde.[1201] Außerdem sind „organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen", um Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorzubeugen.[1202] Teilweise wird die Gewährleistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung restriktiver verstanden, sodass die Notwendigkeit der Schaffung spezifischer Datenschutzgesetzgebung im Einzelfall anhand des Grades und der Intensität der Persönlichkeitsrechtsverletzung zu ermitteln ist.[1203] Außerdem wird vertreten das Recht auf informationelle Selbstbestimmung fordere lediglich, dass Daten nicht ohne Einwilligung des Betroffenen oder eine gesetzliche Grundlage verarbeitet werden.[1204] Dem wird im europäischen Datenschutzrecht bereits durch das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt entsprochen. Das System des europäischen Datenschutzrechts, in dem der Datenumgang entweder durch eine Einwilligung des Betroffenen oder durch eine Rechtsnorm legitimiert sein muss, ist geeignet festzulegen, wer, was, wann und bei welcher Gelegenheit über den Betroffenen wissen darf. Dies festzulegen ist Aufgabe des Datenschutzrechts. Doch hinzukommt, dass der Betroffene über den Umgang mit seinen Daten im Einzelfall Kenntnis erlangen können muss. Auch dieses Transparenzerfordernis gehört in den Regelungsbereich des Datenschutzrechts. Es besteht für alle natürlichen Personen, deren Daten verarbeitet werden, unabhängig davon, ob sie Verbraucher oder Unternehmer sind. Denn das Auskunftsrecht des Betroffenen ist erforderlich, um überhaupt die Geltendmachung von Berichtigungs-, Sperrungs- und Löschungsansprüchen zu ermöglichen.[1205] Informationspflichten sind hingegen nur in sehr eingeschränktem Maße einzurichten. Der Betroffene muss natürlich wissen, wem gegenüber er sein Auskunftsrecht ausüben muss, um das Vorhandensein, die Richtigkeit und Aktualität der Daten zu seiner Person über-

---

[1200] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

[1201] BVerfG 65, 1 (43) – Volkszählung.

[1202] BVerfG 65, 1 (44) – Volkszählung.

[1203] *Vogelgesang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, S. 205.

[1204] *Gola/Schomerus*, § 1, Rn. 12.

[1205] EuGH, Urt. v. 17.7.2014, Az.: C-141/12 und C-372/12, ZD 2014, 515 (517), Rn. 44.

prüfen zu können. Hierzu genügt jedoch eine Information über die Kategorien von verantwortlichen Stellen und Daten. Konkrete Informationen über die Identität der Stellen und über die Einzeldaten sind im Rahmen der aus dem Schutz des Persönlichkeitsrechts folgenden Informationspflichten nicht erforderlich. Es reicht aus, dass dem Betroffenen durch die Information der Anstoß gegeben wird, die weitergehenden persönlichkeitsschützenden Rechte auf Auskunft, Berichtigung, Sperrung und Löschung geltend zu machen. Das Zusammenspiel des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, der Information über Kategorien von Daten und verantwortlichen Stellen, der Rechte des Betroffenen auf Auskunft, Berichtigung, Sperrung und Löschung stellt sicher, dass der Betroffene erfahren kann, wer, was, wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Weitergehende Informationspflichten und Ansprüche können sich jedoch aus dem Verbrauchervertragsrecht ergeben. Dies ist davon abhängig, ob die Stellung als Verbraucher am Markt spezifische Gefährdungen der „wirtschaftlichen Selbstbestimmung“[1206] begründet, die durch zusätzliche Maßnahmen ausgeglichen werden müssen.[1207] Ein solcher Fall ist anzunehmen, wenn sich Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen im Rahmen von Rechtsgeschäften negativ auf die wirtschaftliche Betätigung von Verbrauchern auswirken können. Die ist eine typische Gefahr, wenn (Kredit-)Unternehmen externe Scorewerte zur Vertragsentscheidung nutzen.

E. Dogmatische Einordnung des Scoring

Nach alledem stellt sich die Frage, ob das Scoring dem Datenschutzrecht oder dem Verbraucherschutzrecht zuzuordnen ist, insbesondere welchem dieser Rechtsbereiche die Problematik um die Verhinderung unrichtiger und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte angehört. Einerseits werden für das Scoring riesige Mengen personenbezogener Daten durch (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien erhoben, verarbeitet und genutzt. Daraus ergibt sich die Gefahr der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Personen. Dies spricht dafür, dass es sich um eine datenschutzrechtliche Materie handelt. Andererseits bietet das Scoring gerade deshalb Diskussionsstoff, weil sich negative Scorewerte erheblich auf die wirtschaftliche Betätigung der gescorten Privatpersonen und Unternehmen auswirken. Wirtschaftsgüter von

---

[1206] *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

[1207] *Alexander*, Verbraucherschutzrecht, S. 10.

zentraler Bedeutung für die Lebensführung können für Privatpersonen und Unternehmen mit einem schlechten Scorewert unerreichbar werden. Der Abschluss eines Miet- oder Mobilfunkvertrages hängt genauso wie die Gewährung eines Kredits oder der Kauf auf Rechnung in einem Online-Shop wesentlich von dem Scorewert des potentiellen Kunden ab. Die Gefahren für die „wirtschaftliche Selbstbestimmung“[1208] von Verbrauchern, die mit negativen Scorewerten einhergehen, sprechen dafür, dass es sich beim Scoring auch um eine verbraucherschutzrechtliche Materie handelt. Zwar bestehen die Folgen negativer Scorewerte nicht nur für Verbraucher, sondern auch für gescorte Unternehmen und Unternehmer. Letztere sind jedoch weniger schutzbedürftig, da sie die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs und die geltende Rechtslage kennen müssen. Allerdings sollten auch Unternehmen und Unternehmer vor unrichtigen Scorwewerten geschützt werden. Negative Scorewerte sind nicht automatisch unrichtige Scorewerte und umgekehrt. Die Problematik um unrichtige Scorewerte ist daher nicht zwangsläufig verbraucherschutzrechtlicher Natur.
Die Verwendung unrichtiger und nicht aktueller Daten ist die Ursache für unrichtige Scorewerte. Daher stellt sich die Frage, welchem Rechtsgebiet die Problematik über die Richtigkeit und Aktualität personenbezogener Daten angehört. *Hoeren* stuft die Frage der Datenqualität weder als datenschutzrechtliches noch als verbraucherschutzrechtliches Problem ein.[1209] Er argumentiert im Hinblick auf Big Data und Scoring, dass die Richtigkeit von Datenanalysen ein Problem ist, das nicht nur natürliche Personen/Verbraucher, sondern und vor allem auch Unternehmer betrifft.[1210] Vorschriften zur Datenqualität ordnet *Hoeren* daher dem allgemeinen Zivilrecht zu.[1211] Der Zusammenhang zwischen der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung unrichtiger oder nicht mehr aktueller Daten zu einer Person und deren Persönlichkeitsrecht ist jedoch nur schwer von der Hand zu weisen. Dies wird auch durch einen Blick in das Strafrecht deutlich. Der Straftatbestand der Verleumdung stellt gemäß § 187 StGB unter bestimmten Voraussetzungen das Behaupten und Verbreiten einer unwahren Tatsache über einen anderen unter Strafe. Das Schutzgut dieser Strafnorm ist wie bei den anderen Beleidigungsdelikten auch die Ehre als Teil der Personenwür-

[1208] *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.
[1209] *Hoeren*, MMR 2016, 8 (10).
[1210] *Hoeren*, MMR 2016, 8 (10).
[1211] *Hoeren*, MMR 2016, 8 (10).

de, die wiederum Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist.[1212] Dies belegt den Zusammenhang zwischen dem Umgang mit unrichtigen Informationen und dem Persönlichkeitsrecht. Wenn Datenschutz Persönlichkeitsrechtsschutz bezweckt, dann muss er auch und vor allem vor dem Umgang mit unrichtigen und nicht mehr aktuellen Daten schützen. Zwar finden sich auch im allgemeinen Zivilrecht Vorschriften, die das Persönlichkeitsrecht schützen, etwa § 823 Abs. 1 BGB, § 1004 Abs. 1 BGB analog, aber wenn es um den Schutz des Persönlichkeitsrechts bei der Verarbeitung von Daten geht, ist das Datenschutzrecht der vorrangige Regelungsort. Dementsprechend regeln Art. 6 Abs. 1 lit. d der europäischen Datenschutzrichtlinie[1213] und Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO[TRILOG], dass personenbezogene Daten sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sein müssen. Auch der EuGH stellt klar, dass personenbezogene Daten den Grundsätzen der Datenqualität aus Art. 6 der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG entsprechen müssen.[1214] Die Verhinderung unrichtiger Scorewerte ist daher in erster Linie ein datenschutzrechtliches Problem. Dem steht nicht entgegen, dass auch Unternehmen, die nicht dem Anwendungsbereich des Datenschutzrechts unterfallen, vor unrichtigen Scorewerten geschützt werden müssen. Dieser zusätzliche Schutz kann im allgemeinen Zivilrecht verankert werden. Auch die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte hat einen datenschutzrechtlichen Regelungsgehalt. Denn bei den errechneten Scorewerten handelt es sich um personenbezogene Daten. Wird ihre Aussagekraft nicht durch das Datenschutzrecht gewährleistet, kann es zu willkürlichen Scorewerten kommen, die das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verletzen. Darüber hinaus können unrichtige und willkürliche Scorewerte, wenn sie negativ ausfallen, nachteilige Folgen für die „wirtschaftliche Selbstbestimmung“[1215] von Verbrauchern haben.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Scoring regelmäßig eine datenschutzrechtliche und eine verbraucherschutzrechtliche Ebene hat. Auf der datenschutzrechtlichen Ebene werden die Daten zur Scorewertberechnung erhoben, verarbeitet und genutzt. Eine verbraucherschutzrechtliche Ebene erhält das Scoring, wenn die errechneten Scorewerte im Rahmen der Entscheidung über

---

[1212] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.5.2001, Az.: 2a Ss 50/01 - 16/01 II, NJW 2001, 3562 (3563); *Valerius*, in: Von Heintschel-Heinegg, § 187 Rn. 1, § 186 Rn. 1, § 185 Rn. 1.

[1213] RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 40.

[1214] EuGH, Urt. v. 20.5.2003, Az.:. C-465/00, C-138/01, C-139/01, EuR 2004, 276 (284), Rn. 65.

[1215] *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

das *Ob* und *Wie* eines Rechtsgeschäfts genutzt werden und es sich bei den Vertragsparteien um einen Verbraucher und einen Unternehmer handelt. Dies ist regelmäßig der Fall. Gleichzeitig stellt die Verwendung eines Scorewertes für die Vertragsentscheidung eine Nutzung personenbezogener Daten dar. Dies erschwert die Bestimmung des richtigen Regelungsortes für das Scoring. Es ändert sich jedoch nichts daran, dass der richtige Regelungsort anhand des Regelungsinhalts zu bestimmen ist. Dient eine Vorschrift zum Scoring dem Schutz vor Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts, ist sie im Datenschutzrecht zu regeln. Sofern eine Regelung aufgrund besonderer Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern deren „wirtschaftliche Selbstbestimmung“[1216] im Vertragsrecht sicherstellen soll, ist sie im Verbraucherschutzrecht zu regeln. Der richtige Regelungsort bestimmt sich somit im Einzelfall nach dem Regelungsgrund der Vorschrift. Die Vorschrift des § 29 Abs. 7 BDSG ist daher an falscher Stelle geregelt, es handelt sich um einen verbraucherschutzrechtlichen Regelungsgrund.[1217] Hingegen bezweckt § 29 Abs. 6 BDSG den freien Binnenverkehr personenbezogener Daten in der Europäischen Union, hier ist die terminologische Anknüpfung an den Verbraucher im Datenschutzrecht dogmatisch unsauber.

F. Zwischenergebnis zur Abgrenzung des Datenschutzrechts vom Verbraucherschutzrecht

Datenschutzrecht ist nicht Verbraucherschutzrecht. Diese beiden Rechtsbereiche sollten aufgrund der unterschiedlichen Gefährdungslagen, denen sie begegnen, durch Rechtsprechung und Gesetzgebung getrennt behandelt werden. Das Datenschutzrecht dient dem Schutz des Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen. Demgegenüber dient das Verbraucherschutzrecht dem Ausgleich der besonderen Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern. Im Vertragsrecht ist das Schutzgut des Verbraucherschutzrechts der Erhalt der „wirtschaftlichen Selbstbestimmung“[1218] von Verbrauchern. Regelungen im Zusammenhang mit Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen sind auf ihren Regelungsgehalt zu prüfen, um festzulegen, ob das Datenschutzrecht oder das Verbraucherschutzrecht der einschlägige Regelungsort ist. Das gilt auch für Regelungen

[1216] *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

[1217] So auch *Simitis*, in: Simitis: § 29, Rn. 18.

[1218] *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

zum Scoring. Während Datenschutzrecht und Verbrauchervertragsrecht aufgrund ihrer unterschiedlichen Schutzgüter problemlos auseinanderzuhalten sind, ist dies im Verhältnis vom Datenschutzrecht zum Wettbewerbsrecht anders. Bei personenbezogenen Daten handelt es sich um das Öl des 21. Jahrhunderts.[1219] Dort, wo das Datenschutzrecht den Umgang mit personenbezogenen Daten durch Wettbewerber regelt und beschränkt, trifft es faktisch gleichzeitig Regelungen für den Handel mit Daten am Markt. Entsprechende Datenschutzvorschriften sind Marktverhaltensvorschriften, deren Verstöße neben den Sanktionsmöglichkeiten des Datenschutzrechts durch wettbewerbsrechtliche Ansprüche geahndet werden können. Daher kommt zumindest einem Teil der datenschutzrechtlichen Vorschriften auch eine wettbewerbsschützende Funktion zu.

[1219] Zitat aus dem Film DEMOCRACY – IM RAUSCH DER DATEN von Autor und Regisseur David Bernet, Deutscher Kinostart 4.11.2015, http://www.democracy-film.de/#hintergrund (zuletzt abgerufen am 4.1.2016).

4. Teil: Reformvorschläge

In diesem Teil der Arbeit werden Vorschläge unterbreitet, um die am Ende des zweiten Teils aufgezeigten Lücken im Regelungsrahmen für das Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien zum Zwecke der Bonitätsprüfung zu schließen. Vorrangiges Ziel dieser Vorschläge ist es, unrichtige Scorewerte zu verhindern und gleichzeitig die Aussagekraft richtiger Scorewerte zu gewährleisten.

A. Erweiterte Informationspflicht gegenüber Verbrauchern

Der Hauptkritikpunkt an dem geltenden Regelungsrahmen für das Scoring ist, dass es an einer Kontrolle der Datenqualität bei der Datenerhebung und auch im weiteren Verfahren fehlt. Die Vollständigkeit, Richtigkeit und Aktualität der Daten wird nicht überprüft. Zur wirksamen Kontrolle der Daten sind die (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien auf die Mitwirkung des Betroffenen angewiesen. Durch die Zusammenarbeit der Wirtschaftsauskunfteien mit den (Kredit-)Unternehmen ohne Hinzuziehung des Betroffenen kann nicht die Vollständigkeit, Richtigkeit und Aktualität aller Daten bestimmt werden. Informationen etwa über Umzüge oder andere Änderungen der persönlichen Lebenssituation sind diesen oftmals nicht bekannt. Die Einführung einer regelmäßigen Datenkontrollpflicht für (Kredit-)Unternehmen oder Wirtschaftsauskunfteien allein ist daher nicht geeignet, das Auftreten unrichtiger Scorewerte effektiv zu verhindern und deren Aussagekraft zu erhöhen.
Vielmehr sind Maßnahmen zu treffen, die die Mitwirkung des Betroffenen an der Gewährleistung richtiger Daten erleichtern und erhöhen. Auch wenn das Interesse aller am Scoring beteiligten Akteure auf die Gewährleistung aussagekräftiger und richtiger Scorewerte gerichtet ist, sollte der Betroffene jedoch nicht zur Mitwirkung gezwungen sein. Interessengerecht ist daher eine umfassende Information des Betroffenen im Zusammenhang mit dem Scoring. Er sollte auf die Durchführung des Scoring zum Zwecke der Bonitätsprüfung hingewiesen und über die ihm zustehenden Rechte informiert werden. Die Auskunftsansprüche des Betroffenen und die Ansprüche auf Berichtigung, Löschung und Sperrung können unrichtige Scorewerte effektiv verhindern, wenn sie konsequent wahrgenommen werden. Absolute Grundvoraussetzung hierfür

ist, dass der Betroffene seine rechtlichen Möglichkeiten kennt. Hierzu gehört auch, dass er Kenntnis darüber erhält, wem gegenüber er die genannten Ansprüche geltend machen muss. Das BDSG sieht bereits in §§ 4 Abs. 3, 33 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BDSG Informationspflichten vor. Diese sind jedoch nur auf eine Information über Daten- und Empfängerkategorien gerichtet und reichen daher nicht aus. Die neu einzuführende Informationspflicht tritt neben die bereits bestehenden Informationspflichten und gilt explizit nur gegenüber Verbrauchern. Denn der Schutz des Persönlichkeitsrechts vor der Verarbeitung unrichtiger Daten wird durch das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und die Betroffenenrechte auf Auskunft, Berichtigung und Löschung bereits realisiert. Die neu einzuführende Informationspflicht dient darüber hinaus dem Ausgleich des Informationsdefizits beim Betroffenen, um dessen „wirtschaftliche Selbstbestimmung“[1220] im Vertragsrecht zu erhalten. Die besondere Schutzbedürftigkeit besteht jedoch nicht für alle Betroffenen, sondern nur für Verbraucher. Unternehmer hingegen sind mit den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs und der geltenden Rechtslage vertraut oder sollten es sein. Viele Unternehmer sind selbst Vertragspartner einer oder mehrerer Wirtschaftsauskunfteien und wissen um die Durchführung des Scoring als Maßnahme des Risikomanagements im geschäftlichen Verkehr. Bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften zu privaten Zwecken, insbesondere bei kleineren Geschäften wie beim Rechnungskauf im Internet, sind natürliche Personen im Allgemeinen sorgloser, rechnen nicht mit der Durchführung des Scoring oder kennen die ihnen zur Verfügung stehenden Rechte nicht. Eine umfassende Verbraucherinformation ist daher unerlässlich. Da sie dem Schutz der „wirtschaftlichen Selbstbestimmung“[1221] von zu privaten Zwecken handelnden natürlichen Personen dient, ist das Verbraucherschutzrecht der richtige Regelungsort. Konkret bietet sich das BGB (2. Buch, Abschnitt 3, Titel 1, Untertitel 2) an. Die erweiterte Informationspflicht verpflichtet nicht Wirtschaftsauskunfteien, sondern (Kredit-)Unternehmen, die das Scoring im Rahmen der Entscheidung über einen Vertragsschluss nutzen. Denn nur diese befinden sich in Vertragsverhandlungen mit dem Betroffenen und kennen die Umstände, die dessen Verbrauchereigenschaft begründen. Um die Informationspflicht effizient zu gestalten, erstreckt sie sich auch auf die Information des Verbrauchers über die Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen, die im Rahmen des Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien vorgenommen werden,

---

[1220] *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

[1221] *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

insbesondere auf deren Datenentnahme aus allgemein zugänglichen Quellen. Hinsichtlich der Form ist Textform zu fordern. Eine Information in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht ausreichend, da diese von Verbrauchern regelmäßig nicht gelesen werden. Um die Information über das Scoring und die zur Verfügung stehenden Betroffenenrechte tatsächlich zu erhöhen, ist der Zugang eines separaten Schreibens, entweder in Briefform oder in Form einer E-Mail, eines Fax oder einer SMS zu verlangen. Die Informationspflicht begründet zwar einen erhöhten Verwaltungs- und (Personal-) Kostenaufwand für (Kredit-) Unternehmen. Dieser ist im Hinblick auf die zu erwartenden positiven Auswirkungen auf die Richtigkeit und Aktualität der zum Scoring verwendeten Datensätze jedoch angemessen. Ein richtiger, aussagekräftiger Scorewert verbessert das Risikomanagement von (Kredit-)Unternehmen und spart langfristig sogar Kosten ein.[1222] Durch die Möglichkeit, die Information per E-Mail, Fax oder SMS zu versenden, hält sich der finanzielle Aufwand zur Erfüllung der Verpflichtung außerdem in Grenzen. Folgender Formulierungsvorschlag für die Informationspflicht ist denkbar:

Kapitel 5
Einsatz von Scoring zur Vertragsentscheidung
§ 312l BGB
Informationspflicht
(1) Bedient sich ein Unternehmer zum Zwecke der Entscheidung über den Abschluss eines Vertrages mit einem Verbraucher eines Wahrscheinlichkeitswertes für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Verbrauchers, hat er diesen vor oder in dem Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages kurz und in allgemein verständlicher Form zu informieren über
1. die Identität und Anschrift der Stelle, die den Wahrscheinlichkeitswert berechnet.
2. die Tatsache, dass zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswertes personenbezogene Daten über den Verbraucher durch den Unternehmer und durch Auskunfteien erhoben, verarbeitet und genutzt werden. Im Fall der Entnahme personenbezogener Daten aus allgemein zugänglichen Quellen ist hierauf ausdrücklich hinzuweisen.

[1222] *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 40 f.

3. die Möglichkeit, dass der Wahrscheinlichkeitswert negative Auswirkungen auf den Abschluss dieses und weiterer Rechtsgeschäfte durch den Verbraucher haben kann.
4. die Rechte, die dem Betroffenen zur Auskunft über seine und zur Berichtigung, Löschung und Sperrung seiner personenbezogenen Daten nach den Datenschutzgesetzen zur Verfügung stehen.
(2) Die Information ist in Textform zu erteilen. Eine Information innerhalb allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nicht ausreichend.
(3) Weitergehende Informationspflichten bleiben unberührt.

B. Stichproben- und Schlüssigkeitsüberprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien

Obwohl Datenkontrollen durch (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien allein kein effektives Mittel zur Gewährleistung richtiger und aussagekräftiger Scorewerte sind, ist die neu einzuführende Informationspflicht für (Kredit-)Unternehmen dennoch um stichprobenartige Kontrollen der Datenqualität durch die Wirtschaftsauskunfteien zu ergänzen. Der praktische Erfolg solcher Stichprobenkontrollen lässt sich aus juristischer Sicht nicht beurteilen. Es liegt jedoch nahe, dass es bestimmte Daten gibt, die besonders fehleranfällig sind, etwa über Verträge, die üblicherweise kurze Laufzeiten haben und daher regelmäßig an Aktualität verlieren dürften. Die Forderung nach Stichprobenkontrollen stammt von *Ehmann*, der Wirtschaftsauskunfteien, die geschäftsmäßig mit personenbezogenen Daten handeln, und wissen, dass den Betroffenen aus unrichtigen Daten erhebliche Nachteile entstehen können, in der Verantwortung sieht, „organisatorische und rechtliche Vorkehrungen“ zu treffen, um das Auftreten unrichtiger Daten zu verhindern.[1223] *Ehmann* schlägt weiter automatisiert ablaufende Schlüssigkeitsprüfungen und Vertragsstrafenvereinbarungen vor.[1224] Die Schlüssigkeitsprüfungen könnten etwa anschlagen, wenn für einen sehr jungen Betroffenen ein sehr hoher Kredit eingetragen ist. Vertragsstrafen sollen für den Fall gelten, dass sich ein von (Kredit-)Unternehmen eingemeldetes Datum als unrichtig erweist.[1225] Bei der Einführung von Ver-

[1223] *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 174.

[1224] *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 174; auch *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 28 sprechen sich für Plausibilitätskontrollen aus.

[1225] *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 174.

tragsstrafen handelt es sich jedoch um eine Maßnahme, die allein im Verhältnis der Wirtschaftsauskunfteien zu ihren Vertragspartnern Wirkung entfaltet und daher auch in Zukunft unter die Vertragsfreiheit dieser Parteien fallen sollte. Stichprobenverfahren und Schlüssigkeitsprüfungen hingegen sind zumindest für einen Teil der bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen Daten geeignet, sie auf ihre Richtigkeit und Aktualität zu überprüfen und so unrichtige Scorewerte zu verhindern. Die Durchführung von Stichproben und Schlüssigkeitsüberprüfungen ist als Verpflichtung für Wirtschaftsauskunfteien gesetzlich festzulegen. Da es sich um Maßnahmen handelt, die unmittelbar die Richtigkeit und Aktualität der zur Scorewertberechnung verwendeten Daten sicherstellen, dienen sie dem Schutz des Persönlichkeitsrechts. Entsprechende Verpflichtungen sind somit im Datenschutzrecht zu regeln.

C. Strengere Einmeldevoraussetzungen in § 28a Abs. 1 Nr. 4 und 5 BDSG

Die Vorschrift des § 28a Abs. 1 BDSG legt die Voraussetzungen für die Einmeldung von Negativdaten durch (Kredit-)Unternehmen und Gläubiger bei Auskunfteien verbindlich fest. Dies ist im Hinblick auf die Verhinderung unrichtiger und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte zu begrüßen. Allerdings stellen die Übermittlungsvoraussetzungen gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 4 und 5 BDSG in ihrer aktuellen Form ein Einfallstor für die Einmeldung unrichtiger Daten dar. *Helfrich* plädiert hier für eine stärkere Angleichung des datenschutzrechtlichen Systems an das zivilrechtliche System.[1226] Dem ist beizupflichten, sodass die Möglichkeit der Einmeldung nach § 28a Abs. 1 Nr. 4 und 5 BDSG zeitlich nach hinten zu verlagern ist. Die Regelung des § 28a Abs. 1 Nr. 4 BDSG ist dahingehend zu ergänzen bzw. zu ändern, dass die Einmeldung erst zulässig ist, wenn der Gläubiger nach der zweiten Mahnung „alsbald Klage erhebt oder Mahnbescheid beantragt und sich der Schuldner hierauf nicht erklärt".[1227] Bisher ließ die Regelung nach zweimaliger schriftlicher Mahnung und Unterrichtung über die geplante Einmeldung das mangelnde Bestreiten der Forderung durch den Schuldner ausreichen. Die Annahme, dass Schuldner unberechtigte Forderungen gegenüber dem Anspruchssteller oder einer Wirt-

[1226] *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 154.

[1227] *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 154.

schaftsauskunftei bestreiten, geht jedoch an der Realität vorbei.[1228] Ein Tätigwerden des Schuldners kann aber verlangt werden, wenn eine Klage gegen ihn erhoben oder ein Mahnbescheid gegen ihn beantragt wurde. Dies steht auch im Einklang mit dem Zivilrecht. Die strengeren Voraussetzungen für die Einmeldung von Forderungsdaten sind geeignet, der Übermittlung unberechtigter Forderungen an Wirtschaftsauskunfteien vorzubeugen.

Die Verschärfung der Voraussetzungen dahingehend, dass die Einmeldung erst nach Klageerhebung oder Beantragung eines Mahnbescheids zulässig ist, ist auch in § 28a Abs. 1 Nr. 5 BDSG umzusetzen. Dort wird die Einmeldung von Negativdaten zu Dauerschuldverhältnissen bisher vom Vorliegen der Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung und der Unterrichtung des Betroffenen über die geplante Übermittlung abhängig gemacht. Dadurch wird der betrügerischen Einmeldung objektiv nicht bestehender Forderungen jedoch nicht vorgebeugt. Durch die Verschärfung werden Betrüger abgeschreckt und die Zahl der an Auskunfteien übermittelten unrichtigen Daten wird sinken. Zwar wird durch die genannten Verschärfungen mit Sicherheit auch die Zahl der eingemeldeten Forderungsdaten insgesamt sinken, dies ist jedoch angesichts der Steigerung der Zuverlässigkeit dieser Daten hinzunehmen.

Abschließend ist festzustellen, dass es sich beim Regelungsinhalt von § 28a Abs. 1 BDSG um datenschutzrechtliche Materie handelt, sodass auch die Änderungen der Vorschrift im Datenschutzrecht zu regeln sind. Die Vorschrift regelt als Erlaubnisnorm die Voraussetzungen, unter denen Forderungsdaten an Wirtschaftsauskunfteien übermittelt werden dürfen, und enthält gleichzeitig Vorkehrungen zur Gewährleistung der Richtigkeit dieser Daten im Zeitpunkt der Einmeldung. Sie dient daher dem Schutz des Persönlichkeitsrechts vor Beeinträchtigungen und ist entsprechend dem Datenschutzrecht zuzuordnen.

D. Qualifizierung von Verstößen gegen § 28a Abs. 1 BDSG zu Ordnungswidrigkeiten

Die Vorschrift des § 28a Abs. 1 BDSG erlaubt die Übermittlung von Negativdaten an Auskunfteien. Diese Daten wirken sich bekanntermaßen negativ auf die von den Wirtschaftsauskunfteien durchgeführten Scorewertberechnungen aus und können für den Betroffenen daher erhebliche wirtschaftliche Nachteile

[1228] *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 49.

auslösen. Die Übermittlung solcher Daten unter Verstoß gegen § 28a Abs. 1 Nr. 1 bis 5 BDSG ist daher in den Ordnungswidrigkeitskatalog in § 43 Abs. 1 BDSG aufzunehmen. Gemäß § 43 Abs. 3 S. 1 BDSG kann ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß dann von der zuständigen Aufsichtsbehörde mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 Euro geahndet werden.

E. Aufhebung der Beschränkungen bei der Übermittlung von Bankdaten

Gemäß § 28a Abs. 2 S. 3 und S. 4 BDSG ist Kreditinstituten die Übermittlung von Informationen über Girokonten ohne Überziehungsmöglichkeit und über Kreditkonditionenanfragen an Wirtschaftsauskunfteien untersagt. Für Kreditkonditionenanfragen wird sogar die Möglichkeit der Einwilligung in die Übermittlung ausgeschlossen. Dies ist im Hinblick auf das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung äußerst bedenklich.[1229] Der Ausschluss der Einwilligung ist daher aus dem Gesetz zu streichen. Außerdem ist die Übermittlung von Daten zu Girokonten ohne Überziehungsmöglichkeit und von Kreditkonditionenanfragen zuzulassen. Das Bestehen eines Girokontos ohne Überziehungsmöglichkeit könnte sich sogar positiv auf den Scorewert auswirken.[1230] Eine (Wieder-)Zulassung der Einmeldung von Kreditkonditionenanfragen dient außerdem der Einsparung von Kosten.[1231] Kreditinstitute könnten sich die Angebotserstellung für (potentielle) Kunden sparen, wenn bekannt ist, dass diese vermehrt Kreditkonditionenanfragen stellen, ohne dass es zu einem Geschäftsabschluss kommt.[1232] Das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel zu verhindern, dass sich Kreditkonditionenanfragen, die vornehmlich der Herstellung von Markttransparenz dienen, negativ auf den Scorewert auswirken[1233], kann auch anderweitig erreicht werden. Der Gesetzgeber könnte ein Verbot der Verarbeitung und Nutzung von Daten zu Kreditkonditionenanfragen für die Scorewertberechnung gesetzlich regeln. Die Einmeldung der Kreditkonditionenanfragen und ihre Beauskunftung in anderer Form (losgelöst

---

[1229] *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 97; *Kamlah*, in: Plath, § 28a, Rn. 65; *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, § 28a, Rn. 38.

[1230] *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 93.

[1231] *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 97.

[1232] *Ehmann*, in: Simitis, § 28a, Rn. 97.

[1233] BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 15.

von der Scorewertberechnung) sollte jedoch im Interesse der Kosteneffizienz der Kreditinstitute zugelassen werden. Der richtige Regelungsort für das Verbot wäre das Verbraucherschutzrecht, da es dem Schutz der wirtschaftlichen Selbstbestimmung und nicht dem Schutz des Persönlichkeitsrechts dient. Keine Vorteile hätte diese Neuregelung für gescorte Unternehmer, da das Verbot der Einbeziehung von Kreditkonditionenanfragen in die Scorewertberechnung für sie nicht gelten würde. Dies ist jedoch angesichts ihrer geringeren Schutzbedürftigkeit gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass sich Kreditkonditionenanfragen in der Scorewertberechnung nicht per se negativ auswirken. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn ihnen statistisch nachweisbar eine negative Aussage über die Zahlungswilligkeit und -fähigkeit der gescorten Privatpersonen oder des gescorten Unternehmens zu entnehmen ist. Dieser statistische Zusammenhang kann sich mit der Zeit durchaus ändern. Wirtschaftsauskunfteien würden die Information, ob es sich um eine Scorewertberechnung für ein Rechtsgeschäft mit einem Verbraucher oder einem Unternehmer handelt, mit der Anfrage eines Scorewertes durch ihre Vertragspartner erhalten. Ob der mit der Einführung eines Verbots verbundene Zeit- und Kostenaufwand im Verhältnis steht zu dessen Zweck, Kosten für unnötige Kreditangebote zu sparen, ist jedoch fraglich.

F. Umfassende Nachberichtspflicht

Eine Nachberichtspflicht der einmeldenden Stelle bei nachträglichen Änderungen der übermittelten Daten ist unerlässlich. Die Nachberichtspflicht dient der Gewährleistung der Richtigkeit und Aktualität der einmal eingemeldeten Daten. Es handelt sich somit um einen datenschutzrechtlichen Regelungsinhalt. Die Vorschrift des § 28a Abs. 3 BDSG sieht für die Übermittlung von Daten nach § 28a Abs. 1 und 2 BDSG bereits eine Nachberichtspflicht vor. Diese ist auch für Dateneinmeldungen nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG in das Gesetz, beispielsweise in einem neu einzufügenden *§ 28 Abs. 1a BDSG*, aufzunehmen. Ein Verstoß gegen diese Norm ist ebenso wie der Verstoß gegen § 28a Abs. 3 BDSG als Ordnungswidrigkeit gemäß § 43 Abs. 1 BDSG zu qualifizieren.
Aus dem Gesetz zu streichen ist die in § 28a Abs. 3 S. 2 BDSG geregelte Pflicht der Auskunfteien, die einmeldende Stelle über die Löschung der ursprünglich übermittelten Daten zu unterrichten. Die Vorschrift des § 35 Abs. 7 BDSG sieht im Falle der Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten oh-

nehin eine Pflicht zur Information der Empfänger vor, an welche die Daten übermittelt wurden, sofern dies keinen unverhältnismäßigen Aufwand darstellt und nicht die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen entgegenstehen. Daneben ist eine Funktion der Löschungsunterrichtung gemäß § 28a Abs. 3 S. 2 BDSG nicht ersichtlich. Der Löschungsreport über Daten, deren nachträgliche Änderung erst durch die einmeldende Stelle bekannt geworden ist, führt für diese zu keinem erkennbaren Vorteil. Auch zum Nachweis der Erfüllung ihrer Verpflichtung zum Nachbericht ist der Löschungsreport nicht erforderlich, da dies von der einmeldenden Stelle selbst dokumentiert werden kann.

G. Verbesserte Ausstattung der Aufsichtsbehörden

Die personelle und finanzielle Ausstattung der Datenschutzbehörden ist nicht ausreichend, um die Einhaltung der Datenschutzvorschriften durch alle (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien lückenlos zu kontrollieren und zu sanktionieren. Die Aufsichtsbehörden sind daher personell und finanziell erheblich besser auszustatten. Denn das Datenschutzrecht und sein Sanktionssystem sind unwirksam, wenn die Einhaltung nicht überwacht und Verstöße nicht sanktioniert werden. Zwar ist das Bewusstsein für den Datenschutz in der Bevölkerung in den letzten Jahren bereits gestiegen und der Druck zur Einhaltung des Datenschutzrechts auf Unternehmen hat sich dadurch erhöht. Der öffentliche Druck ersetzt aber nicht die staatliche Datenschutzaufsicht.

H. Schutz vor willkürlichen Scorewerten durch Festlegung einer Mindestdatenanzahl

Neben der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Erlaubnisnormen für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind beim Scoring auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 28b BDSG einzuhalten. Die Vorschrift legt fest, dass die zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswertes (Scorewertes) genutzten Datenarten unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sind (Nr. 1). Für das Scoring zur Bonitätsbewertung bedeutet dies, dass nur Daten verwendet werden dürfen, denen mittels gängiger mathematischer Methoden nachweisbar eine statistische Aussage in Bezug auf die zu

prognostizierende Zahlungswilligkeit und -fähigkeit des Gescorten zukommt. Diese Regelung ist wichtig, weil sie gesetzlich festlegt, was für scorewertberechnende Unternehmen ohnehin selbstverständlich sein sollte. Nämlich, dass der Scorewert nur aus nach wissenschaftlichen Maßstäben statisch aussagekräftigen Daten berechnet werden darf, um selbst eine zuverlässige statistische Aussage über die Zahlungswilligkeit und -fähigkeit des Gescorten zu treffen. Außerdem ist die Gewichtung der Daten zueinander entsprechend ihrer statistischen Aussagekraft ins Verhältnis zu setzen. Durch die Norm wird dies für alle scorewertberechnenden Unternehmen verbindlich festgelegt. Hierdurch werden die Standards festgelegt, deren Einhaltung durch die Aufsichtsbehörden kontrolliert wird. Der durch das Gesetz verwirklichte Schutz vor willkürlich *berechneten* Scorewerten ist dem Datenschutzrecht zuzuordnen. Denn ein willkürlicher Scorewert stellt ein unrichtiges personenbezogenes Datum dar und verletzt somit das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen. Für die Zuordnung zum Datenschutzrecht spricht ferner ein praktisches Argument. Denn nur wenn es sich bei den Verfahrensstandards um datenschutzrechtliche Regelungen handelt, sind die Datenschutzbehörden befugt, ihre Einhaltung zu kontrollieren.

Das Gesetz ist dringend um eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für das Scoring zu ergänzen. Der Gesetzgeber sollte unter Hinzuziehung von Sachverständigen eine Mindestdatenanzahl für die Scorewertberechnung ermitteln und gesetzlich festlegen. Eine entsprechende Regelung bezweckt die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte und verhindert Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch willkürliche Scorewerte. Sie ist daher im Datenschutzrecht zu regeln. Es liegt auf der Hand, dass ein Scorewert, der aufgrund eines einzigen Datums berechnet wird, nicht geeignet ist, eine zuverlässige Aussage über die Zahlungswilligkeit und -fähigkeit einer Person oder eines Unternehmens zu treffen. Dies hat jüngst auch ein Urteil des OLG Frankfurt a. M. bestätigt, in dem entschiedenen Fall wurde ein schlechter Scorewert lediglich auf ein einziges negatives Merkmal gestützt, während andere, positive Faktoren, nicht berücksichtigt wurden.[1234] Dennoch wird eine solch willkürliche Scorewertberechnung durch das Gesetz nicht untersagt. Lediglich bei der Verwendung von Anschriftendaten verlangt das Gesetz, mindestens ein weiteres Datum zur Scorewertberechnung zu verwenden, § 28b Nr. 3 BDSG. Diese Regelung würde obsolet, wenn das Gesetz für alle Scorewertberechnungen eine Mindestdatenanzahl festlegen würde. Auch die Unterrichtung des Betroffenen über die

[1234] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 7.4.2015, Az.: 24 U 82/14, ZD 2015, 335 f.

geplante Verwendung von Anschriftendaten nach § 28b Nr. 4 BDSG kann dann aus dem Gesetz gestrichen werden. Es ist ohnehin zweifelhaft, welchen Sinn es ergibt, den Betroffenen explizit über die Verwendung seiner Anschriftendaten zur Scorewertberechnung zu unterrichten, wenn diesem keine erfolgsversprechende Möglichkeit zur Verfügung steht, um dies zu unterbinden. Die Kontrolle der Richtigkeit und Aktualität der verwendeten Anschriftendaten ist dem Betroffenen bereits mittels der Auskunftsansprüche nach § 34 BDSG möglich. Etwaige Berichtigungs-, Löschungs- oder Sperrungsansprüche stehen ihm gemäß § 35 BDSG zur Verfügung. Der Gesetzgeber wollte durch die Einfügung von § 28b Nr. 3 und 4 BDSG die Gefahr des *Redlining*, also der Diskriminierung aufgrund des Wohnortes, eindämmen.[1235] Ob dies durch die Regelung erreicht wird, ist fraglich. Ein vollständiges Verbot der Verwendung von Anschriftendaten ist eine rechtspolitische Entscheidung und wäre im Antidiskriminierungsrecht (AGG) zu regeln. Die hier angestrebte Reform durch die gesetzliche Festlegung einer Mindestdatenanzahl für die Scorewerteberechnung ist jedenfalls zur Eindämmung des *Redlinings* ebenso geeignet wie die bisherige Regelung. Darüber hinaus erhöht sie die Aussagekraft aller Scorewerte.
Die gesetzliche Festlegung einer Mindestdatenanzahl für die Scorewerteberechnung geht zu Lasten der kleineren Wirtschaftsauskunfteien, die nur wenige Daten zu einer Person oder einem Unternehmen vorhalten und daher keinen Scorewert berechnen können. Dies ist jedoch eine Folge, die dem freien Wettbewerb immanent ist. Für die Gesamtwirtschaft ist die Steigerung der Aussagekraft von Scorewerten ein Vorteil, da nur durch die Verwendung aussagekräftiger Scorewerte ein nachhaltiges Risikomanagement gelingt, das geeignet ist, langfristig Kosten einzusparen.

I. Parallelvorschrift zu § 28b Nr. 1 BDSG für Unternehmensscoring

Die Vorschrift des § 28b Nr. 1 BDSG ist für die Zuverlässigkeit von Scoringverfahren elementar, da sie gesetzlich festlegt, dass für Vertragsentscheidungen genutzte Scorewerte nur aus nach wissenschaftlichen Maßstäben statisch aussagekräftigen Daten berechnet werden dürfen. Damit wird ein Standard für die Datenanalyse festgelegt. Eine Schutzlücke besteht jedoch für das Unterneh-

[1235] BT-Drucks. 16/10529, 10.10.2008, S. 17.

mensscoring. Die Berechnung von Scorewerten zu Unternehmen fällt regelmäßig nicht in den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts. Denn bei Unternehmensdaten handelt es sich in vielen Fällen nicht um personenbezogene Daten. Unternehmen haben jedoch ebenso wie natürliche Personen ein schutzwürdiges Interesse daran, dass der ihre Zahlungswahrscheinlichkeit beschreibende Scorewert anhand von Daten ermittelt wurde, die unter Zugrundelegung wissenschaftlich anerkannter Verfahren hierfür nachweisbar erheblich sind. Um dies sicherzustellen, ist in das allgemeine Zivilrecht eine Parallelvorschrift zu § 28b Nr. 1 BDSG aufzunehmen, die dessen Schutzgehalt für Scorewertberechnungen zu Unternehmen garantiert. Denkbar ist auch eine Verweisungsnorm.

J. Schnellere und gründlichere Prüfung der Erforderlichkeit der Löschung von Daten

Die Einführung von Speicherhöchstfristen für alle zum Scoring verwendeten Daten ist nicht erforderlich. Die statistische Relevanz einzelner Informationen für die Scorewertberechnung kann sich stetig ändern, sodass eine Prüfung der Erforderlichkeit der weiteren Speicherung in regelmäßigen Abständen interessengerecht ist. Allerdings sind die Abstände zwischen diesen Erforderlichkeitsprüfungen von bisher drei Jahren für Daten zu bereits erledigten Sachverhalten und vier Jahren für sonstige Daten auf zwei Jahre zu verkürzen. Außerdem sollte die Prüfungsfrist nicht erst mit Beginn des Folgejahres zu laufen beginnen, sondern mit dem Tag der erstmaligen Speicherung.[1236] Dies ist technisch ohne weiteres umsetzbar.[1237] Für die schnellere Prüfung spricht, dass insbesondere Daten zu Verträgen mit kürzeren Laufzeiten unter der geltenden Rechtslage regelmäßig an Aktualität verlieren. Zwar soll die Nachberichtspflicht gemäß § 28a Abs. 3 BDSG genau dies verhindern, diese gilt jedoch bisher nicht für alle eingemeldeten Daten. Außerdem wird die Nachberichtspflicht von den einmeldenden (Kredit-)Unternehmen oftmals nicht eingehalten.[1238] Die fakti-

[1236] ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 177.

[1237] ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 177.

[1238] ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 35.

schen Versäumnisse bei der Nachberichtspflicht können durch kürzere Abstände zwischen den Prüfungen der Erforderlichkeit der weiteren Speicherung von Daten aufgefangen werden. Zu diesem Zweck ist auch der Prüfungsumfang für die Wirtschaftsauskunfteien zu erweitern. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung sollten auch die bereits vorgeschlagenen Stichproben und Schlüssigkeitsprüfungen durchgeführt werden, um die Richtigkeit und Aktualität der Daten effektiv zu gewährleisten. Stichprobenartig sollten hierzu auch bei den Vertragspartnern der Wirtschaftsauskunfteien Informationen über die Aktualität der Daten eingeholt werden. Da es sich um Maßnahmen handelt, die der Gewährleistung der Richtigkeit und Aktualität der bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen Daten dienen, sind sie im Datenschutzrecht zu regeln.

K. Aktive Auskunftspflicht nach Geltendmachung von Ansprüchen gemäß § 35 BDSG durch den Betroffenen

Stellt der Betroffene bei der Einholung einer Auskunft über die bei einer Wirtschaftsauskunftei zu seiner Person gespeicherten Daten fest, dass diese unrichtig oder nicht mehr aktuell sind, kann er Berichtigungs-, Löschungs- und Sperrungsansprüche gemäß § 35 BDSG geltend machen. Bisher fehlt es jedoch an einer kostenlosen Möglichkeit des Betroffenen, zu erfahren, ob die Wirtschaftsauskunftei seinen Ansprüchen entsprochen hat. Deshalb ist für Wirtschaftsauskunfteien nach der Bearbeitung von Ansprüchen nach § 35 BDSG eine fallbezogene, kostenlose aktive Auskunftspflicht gegenüber dem Betroffenen einzuführen. So wird sichergestellt, dass der Betroffene zweifelsfrei weiß, welche Daten zu seiner Person bei der Wirtschaftsauskunftei gespeichert sind. Entspricht die Wirtschaftsauskunftei den Ansprüchen des Betroffenen nicht, kann dieser eine gerichtliche Geltendmachung erwägen. Die neu einzuführende aktive Auskunftspflicht, ausgelöst durch Berichtigungs- oder Löschungsbegehren des Betroffenen, ist die notwendige Ergänzung des bisherigen Auskunftsrechts, um unrichtige und nicht mehr aktuelle Daten bei Wirtschaftsauskunfteien effektiv zu verhindern. Nach geltender Rechtslage kann der Betroffene bei Wirtschaftsauskunfteien nur einmal jährlich eine kostenlose Auskunft einholen, für jede weitere Auskunft kann ein Entgelt erhoben werden, § 34 Abs. 8 S. 2, 3 BDSG. Hintergrund dieser Regelung ist, dass die entgeltliche Auskunftsertei-

lung das Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien ausmacht.[1239] Wäre jede Auskunft für den Betroffenen kostenlos, könnten dessen (potentielle) Vertragspartner die Wirtschaftsauskunfteien umgehen, indem sie die Bonitätsauskunft nicht selbst einholen, sondern die Vorlage vom Betroffenen verlangen.[1240] Das Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien würde dann durch die kostenlose Auskunft ausgehöhlt.[1241] Die zusätzliche aktive Auskunftspflicht gefährdet dieses Geschäftsmodell jedoch nicht ernsthaft, da sie nur für die Fälle gilt, in denen der Betroffene Ansprüche gemäß § 35 BDSG geltend gemacht hat. Außerdem ist es interessengerecht, dass die Wirtschaftsauskunfteien, die Profit aus dem Handel mit personenbezogenen Daten generieren, auch effektiv sicherstellen, dass der Betroffene weiß, um welche konkreten Daten zu seiner Person es sich handelt. Dies gilt insbesondere, weil die Richtigkeit und Aktualität der bei ihnen vorhandenen Daten auch im eigenen Interesse der Wirtschaftsauskunfteien liegen. Je höher die Qualität der Datenbasis ist, desto zuverlässiger ist die Aussagekraft der Produkte der Auskunfteien (Bonitätsauskünfte, Scorewerte). Dies bestimmt letztendlich die Wettbewerbsfähigkeit der Auskunfteien. Der zusätzliche Zeit- und Kostenaufwand, der sich durch die Einführung der aktiven Auskunftspflicht nach Geltendmachung von Ansprüchen gemäß § 35 BDSG ergibt, ist daher im Verhältnis zum Nutzen der Regelung angemessen.

L. One-Stop-Shop für Auskunftserteilung auf Basis freiwilliger Selbstverpflichtung

Die Idee eines One-Stop-Shops für die Auskunftserteilung stammt vom ULD Schleswig-Holstein und der GP-Forschungsgruppe.[1242] Dabei handelt es sich um die Einrichtung einer zentralen Stelle, bei der Betroffene mittels einer Anfrage die Auskunft von allen Wirtschaftsauskunfteien erhalten, welche Daten zu ihrer Person speichern.[1243] Die Auskunftserteilung soll auf elektronischem

---

1239 *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, § 34, Rn. 50.

1240 *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, § 34, Rn. 50.

1241 *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, § 34, Rn. 50.

1242 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 175.

1243 ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 175.

Wege erfolgen.[1244] Der klare Vorteil ist, dass sich die Betroffenen nicht an jede Auskunftei einzeln wenden müssen, um zu erfahren, welche Daten über sie gespeichert sind. Die Einführung der unter Punkt A. vorgeschlagenen Informationspflicht behebt zwar das Problem, dass der Betroffene gar nicht weiß, welche Wirtschaftsauskunfteien Daten zu seiner Person speichern. Dies ändert aber nichts daran, dass er jede Wirtschaftsauskunftei einzeln kontaktieren muss, um die Auskunft über seine Daten gemäß § 34 Abs. 4 BDSG einzuholen. Die Einrichtung eines One-Stop-Shops würde die Auskunftseinholung für den Betroffenen erheblich erleichtern und damit insgesamt die Transparenz beim Scoring fördern. Erforderlich zur effektiven Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte ist sie jedoch neben der neu einzuführenden Informationspflicht nicht. Daher sollte das *Ob* und *Wie* der Einrichtung eines One-Stop-Shops für die Auskunftserteilung der Initiative der Wirtschaftsauskunfteien überlassen bleiben. Organisation und Betrieb einer zentralen Auskunftsstelle könnte beispielsweise der Bund der Wirtschaftsauskunfteien e. V. übernehmen. Die Idee an sich ist zu befürworten.

M. Einführung datenschutzrechtlicher Schlichtungsstellen

Es werden in der Praxis immer wieder Fälle auftreten, in denen der Betroffene Ansprüche auf Berichtigung oder Löschung gemäß § 35 BDSG geltend macht, die Wirtschaftsauskunftei diesen aber aufgrund von Zweifeln am Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nicht stattgibt. In diesen Fällen bleibt dem Betroffenen nur der oftmals langwierige und mit einem erheblichen Kostenrisiko verbundene Rechtsweg, um seine Ansprüche durchzusetzen. Alternative Mittel der Streitbeilegung sind die Mediation, die Schlichtung und das Schiedsgerichtsverfahren. Die Mediation ist allerdings bei Streitigkeiten über die Richtigkeit von für die Scorewertberechnung verwendeten Daten nicht zielführend. In diesen Fällen bedarf es einer Entscheidung anhand der Faktenlage und nicht einer Kompromisslösung. Für Verbraucher liegt bereits der Vorschlag eines Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes zur Umsetzung der europäischen Richtlinie 2013/11/EU über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitig-

[1244] ULD Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Studie: Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, 2014, S. 175.

keiten vor.[1245] Es sieht Verbraucherschlichtungsstellen vor.[1246] Das Gesetz findet jedoch nur Anwendung auf Streitigkeiten aus einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbrauchervertrag).[1247] Im Rahmen des Scoring greift es daher – wenn überhaupt – nur im Verhältnis zwischen Betroffenem, sofern dieser die Verbrauchereigenschaft erfüllt, und dem scorewertenutzenden (Kredit-)Unternehmen ein. Für die Klärung von Streitigkeiten zwischen dem Betroffenen und einer Wirtschaftsauskunftei sind daher eigene Schlichtungsstellen einzuführen. Diese könnten bei den zuständigen Datenschutzbehörden eingerichtet werden. Hierfür muss zusätzliches Personal eingestellt werden. Der Gang zu den Schlichtungsstellen ist für den Betroffenen und die Wirtschaftsauskunftei freiwillig. Ferner steht beiden Parteien nach erfolglosem Bestreiten eines Schlichtungsverfahrens weiterhin der Weg zu den ordentlichen Gerichten offen. Dies ist der Vorteil des Schlichtungs- gegenüber dem Schiedsverfahren. Der Schiedsspruch im Schiedsverfahren ist für beide Parteien endgültig und verbindlich. Die Einführung von Schiedsverfahren würde daher, wenn sich der Betroffene auf eine entsprechende Vereinbarung einlässt, dessen Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung begrenzen. Durch die Einführung der Schlichtungsstellen werden sie erweitert. Es wird ein zusätzlicher, gegenüber den Verfahren vor ordentlichen Gerichten schnellerer und kostengünstigerer Weg zur Rechtsdurchsetzung geschaffen. Dies ist im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegen unrichtige oder willkürliche Scorewerte geboten.

1245 *Klaes*, MMR 2015, 299 (299).

1246 § 1 Abs. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, BT-Drucks. 18/5089, 9.6.2015, S. 5.

1247 § 4 Abs. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, BT-Drucks. 18/5089, 9.6.2015, S. 6.

5. Teil: Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung

Die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO[TRILOG]) wird voraussichtlich Mitte 2018 die nationalen Datenschutzgesetze ablösen. Maßstab für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit des externen Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien wird dann die DS-GVO[TRILOG] sein. Lediglich an den Stellen, an denen die DS-GVO[TRILOG] Öffnungsklauseln enthält, besteht für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, weitergehende nationale Regelungen zu treffen. In welchen Fällen aufgrund von Öffnungsklauseln erlassene nationale Vorschriften, insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, gelten, regelt die DS-GVO[TRILOG] nicht. In diesem Teil wird – ohne den Anspruch auf Vollständigkeit – ein Ausblick auf die künftigen Zulässigkeitsanforderungen für das externe Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien gegeben. Außerdem wird untersucht, wie wirksam die neuen Regelungen zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte sind.

A. Verarbeitung von Daten durch (Kredit-)Unternehmen

Anders als das BDSG unterscheidet die DS-GVO[TRILOG] nicht zwischen der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten. Die DS-GVO[TRILOG] fasst jeden im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten ausgeführten Vorgang unter den Begriff der *Verarbeitung*, Art. 4 Abs. 3 DS-GVO[TRILOG]. Im Rahmen des externen Scoring verarbeiten (Kredit-)Unternehmen Daten in den Phasen I, II, IV und V[1248]. Dabei handelt es sich im Einzelnen um die Erhebung der bonitätsrelevanten Daten in Phase I, die Datenübermittlung an die Wirtschaftsauskunfteien in Phase II, die Erhebung der von den Wirtschaftsauskunfteien errechneten und übermittelten Scorewerte in Phase IV und die Nutzung der Scorewerte zur Entscheidung über einen Vertragsabschluss in Phase V. Die DS-GVO[TRILOG] sieht ebenso wie das BDSG für die Verarbeitung personenbezogener Daten ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vor, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Danach ist die Verarbeitung nur rechtmäßig, wenn mindestens

[1248] Phasenmodell nach *Ehmann* und *Helfrich*: *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 121; *Helfrich*, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA, S. 105 f.

eine der in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] geregelten Bedingungen erfüllt ist („Processing of personal data shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies“). Bei den nachfolgenden Bedingungen handelt es sich neben der Einwilligung der betroffenen Person um Rechtsvorschriften, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Verarbeitung personenbezogener Daten erlauben. Diese werden im Folgenden als Erlaubnisnormen bezeichnet.

I. Einwilligung

Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO[TRILOG] ist die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verarbeitung zu ein oder mehreren Zwecken erteilt hat („.the data subject has given consent to the processing of their personal data for one or more specific purposes“). In Art. 4 Abs. 8 DS-GVO[TRILOG] wird die Einwilligung legaldefiniert als „any freely given, specific, informed and unambiguous indication of his or her wishes by which the data subject, either by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to personal data relating to them being processed“. Als Voraussetzungen für die Einwilligung ergeben sich demnach deren Freiwilligkeit, die Abgabe für den konkreten Fall unter Kenntnis der Sachlage und die unmissverständliche Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer eindeutigen Handlung, die zum Ausdruck bringt, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten einverstanden ist. Abgesehen von der in § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG grundsätzlich geforderten Schriftform, die die DS-GVO[TRILOG] nicht vorsieht, ergeben sich insoweit keine Änderungen zu den Anforderungen, denen die datenschutzrechtliche Einwilligung unter Geltung des BDSG bereits genügen muss. Außerdem hat die Einwilligung die Voraussetzungen der Art. 7, 8 DS-GVO[TRILOG] und bei der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten des Art. 9 DS-GVO[TRILOG] zu erfüllen.

1. Unmissverständliche Willensbekundung, Art. 4 Abs. 8 Erwägungsgrund 25 DS-GVO[TRILOG]

Die betroffene Person muss ihren Willen unmissverständlich zum Ausdruck bringen. Erforderlich ist eine „eindeutig positiv bejahende Handlung".[1249] Erwägungsgrund 25 DS-GVO[TRILOG] nennt als Beispiel das Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite. Der für die Verarbeitung Verantwortliche ist daher angehalten, Opt-In- statt Opt-Out-Lösungen zu implementieren. Eine stillschweigende oder mutmaßliche Einwilligung scheidet aus, da diese Formen nicht geeignet sind, das Einverständnis des Betroffenen zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen.[1250] Es ergeben sich somit keine Neuerungen im Vergleich zu den Anforderungen des BDSG.

2. Nachweispflicht, Art. 7 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]

Der für die Verarbeitung Verantwortliche muss nachweisen können, dass die betroffene Person ihre Einwilligung erteilt hat, Art. 7 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung wird somit dem für die Datenverarbeitung Verantwortlichen übertragen. Insbesondere wenn die Einwilligung nicht schriftlich erteilt wurde, ist eine Dokumentation der Erteilung erforderlich.

3. Erkennbarkeit und Verständlichkeit, Art. 7 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG]

Erfolgt die Erklärung der Einwilligung in Schriftform und enthält sie neben der Datenverarbeitung noch andere Sachverhalte, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist, Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO[TRILOG]. Der für die Verarbeitung Verantwortliche muss also sicherstellen, dass für die betroffene Person erkennbar ist, dass sie mit der Erklärung eine datenschutzrechtliche Einwilligung abgibt. Außerdem muss die Erklärung so abgefasst sein, dass sie

---

[1249] *Albrecht*, CR 2016, 88 (91).

[1250] *Kramer*, in: Auernhammer, § 4a, Rn. 38; so i. E. auch *Simitis*, in: Simitis, § 4a, Rn. 44.

für die betroffene Person verständlich ist. Gemäß Art. 7 Abs. 2 S. 2 DS-GVO[TRILOG] sind Teile der Erklärung nicht verbindlich, wenn sie gegen die DS-GVO[TRILOG] verstoßen.

4. Widerruflichkeit, Art. 7 Abs. 3 DS-GVO[TRILOG]

Die Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden, Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO[TRILOG]. Dadurch wird die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung bis zum Widerruf nicht rückwirkend beseitigt, Art. 7 Abs. 3 S. 2 DS-GVO[TRILOG]. Hierüber ist die betroffene Person vor der Erteilung der Einwilligung zu informieren, Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO[TRILOG]. Nach dem Widerruf kann die Verarbeitung jedoch nicht mehr auf die Einwilligung gestützt werden und ist daher rechtswidrig. Schließlich muss der Widerruf genauso einfach sein wie die Erteilung der Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 S. 3, 4 DS-GVO[TRILOG]. Die Einwilligung ist bereits unter Geltung des BDSG jederzeit widerruflich.[1251] Dies war jedoch bisher nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Neu ist daher auch die Pflicht des für die Verarbeitung Verantwortlichen, die betroffene Person über die Widerrufsfolgen zu informieren.

5. Freiwilligkeit

a) Keine Kopplung, Art. 7 Abs. 4 DS-GVO[TRILOG]

Gemäß Art. 7 Abs. 4 DS-GVO[TRILOG] ist für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung zu berücksichtigen, ob für die Erfüllung eines Vertrages die Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten gefordert wurde, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sind („When assessing whether consent is freely given, utmost account shall be taken of the fact whether, among others, the performance of a contract, including the provision of a service, is made conditional on the consent to the pro-cessing of data that is not necessary for the performance of this contract"). Durch diese Vorschrift möchte der europäische Gesetzgeber vermeiden, dass Unternehmer sich weitgehende datenschutzrechtliche Einwilligungen dadurch erschleichen, dass sie ihre Dienste nur anbieten, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu umfas-

[1251] M. w. N. *Däubler*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 4a, Rn. 35 f.

senden Datenverarbeitungen erteilt. Es handelt sich um eine Art Kopplungsverbot, wobei die Kopplung nicht wirklich verboten wird. Sie führt vielmehr dazu, dass Einwilligungen mangels Freiwilligkeit nichtig sind. Für die Praxis schafft diese Vorschrift erhebliche Rechtsunsicherheit. Die Vorschrift verfolgt rein verbraucherschutzrechtliche Ziele. Denn das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ermöglicht es dem Einzelnen auch, seine personenbezogenen Daten für die Verarbeitung durch Dritte freizugeben.[1252] Laut BVerfG handelt es sich gerade um „die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen."[1253] Hierzu steht ihm (bisher) die datenschutzrechtliche Einwilligung zur Verfügung. Für die Verarbeitung von Daten, die zur Erfüllung eines Vertrages erforderlich sind, greift zugunsten des für die Verarbeitung Verantwortlichen ohnehin die Erlaubnisnorm gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG]. Die Vorschrift des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO[TRILOG] indiziert nun, dass weitgehende datenschutzrechtliche Einwilligungen, die in Zusammenhang mit Verträgen abgegeben werden, unfreiwillig erfolgen. Dieser Wertung liegt die Annahme der Unterlegenheit der betroffenen Person gegenüber dem für die Verarbeitung Verantwortlichen zugrunde, wodurch eine besondere Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person begründet wird. Es handelt sich um die typische Ausgangslage für verbraucherschutzrechtliche Regelungen. Allerdings führt die Anwendung dieses Verbraucherschutzgedankens im Datenschutzrecht zu einer erheblichen Beschneidung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und gleichzeitig zu erheblicher Rechtsunsicherheit für datenverarbeitende Unternehmen. Angesichts der Tatsache, dass nicht jede betroffene Person bei einem Vertragsschluss gleichzeitig die Verbrauchereigenschaft erfüllt, handelt es sich außerdem um den falschen Regelungsort. Welche Datenverarbeitungen für die Erfüllung eines Vertrages erforderlich sind und ob die Erteilung der Einwilligung freiwillig erfolgte, ist im Einzelfall zu bestimmen. In Zweifelsfällen ist dem für die Verarbeitung Verantwortlichen zur äußersten Datensparsamkeit zu raten, um nicht Gefahr zu laufen, dass die Einwilligung später mangels Freiwilligkeit von einem Gericht für nichtig erklärt wird.

[1252] *Härting*, Datenschutzgrundverordnung als Instrument der Bevormundung: Trilog erfolgreich, Einwilligung tot, Legal Tribune Online, 16.12.2015, http://www.lto.de/persistent/a_id/17876/ (zuletzt abgerufen am: 17.02.2016).

[1253] BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, Az.: 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419 (422).

b) Echte Wahlfreiheit, Erwägungsgrund 32 DS-GVO[TRILOG]

Zur Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung heißt es am Ende von Erwägungsgrund 32 DS-GVO[TRILOG]: „[…]consent should not be regarded as freely-given if the data subject has no genuine and free choice and is unable to refuse or withdraw consent without detriment.“ Entscheidend ist also, dass die betroffene Person eine echte Wahlfreiheit hat und die Einwilligung verweigern oder widerrufen kann, ohne dadurch Nachteile zu erleiden.

c) Kein Ungleichgewicht, Erwägungsgrund 34 DS-GVO[TRILOG]

In Erwägungsgrund 34 DS-GVO[TRILOG] wird wiederum der verbraucherschutzrechtliche Charakter der DS-GVO[TRILOG] deutlich. „In order to safeguard that consent has been freely-given, consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data in a specific case, where there is a clear imbalance between the data subject and the controller, in particular where the controller is a public authority and this makes it unlikely that consent was given freely in all the circumstances of that specific situation.“ Um die Freiwilligkeit der Einwilligung sicherzustellen, soll sie keine Legitimierung für eine Datenverarbeitung sein, wenn zwischen dem für die Verarbeitung Verantwortlichen und der betroffenen Person ein klares Ungleichgewicht besteht. Insbesondere, wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, bestehen somit Hinweise für eine mangelnde Freiwilligkeit der Einwilligungserteilung. Ein weiterer Hinweis auf die mangelnde Freiwilligkeit soll sein, dass die Einwilligung nicht zu verschiedenen Datenverarbeitungsvorgängen erteilt werden kann, obwohl dies angebracht ist („Consent is presumed not to be freely given, if it does not allow separate consent to be given to different data processing operations despite it is appropriate in the individual case […]“). Außerdem bekräftigt der Erwägungsgrund 34 DS-GVO[TRILOG] am Ende die Indizwirkung einer Kopplung für die mangelnde Freiwilligkeit der Einwilligung und wiederholt damit im Grunde die Regelung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO[TRILOG]. Diese Auslegungshilfen machen deutlich, wie schnell Zweifel an der Freiwilligkeit einer Einwilligung und damit an ihrer Wirksamkeit bestehen. Für die Verantwortlichen, die Datenverarbeitungen auf Einwilligungen stützen, bedeutet dies erhebliche Rechtsunsicherheit. Sie sind hinsichtlich Compliance und Investmentsicherheit auf verlässliche Einwilligungen ange-

wiesen, auch weil die rechtswidrige Datenverarbeitung strafrechtliche Konsequenzen und Bußgeldzahlungen in erheblicher Höhe nach sich ziehen kann, Art. 79 Abs. 3a lit. a DS-GVO[TRILOG].[1254]

6. Mindestalter für die Einwilligung Minderjähriger, Art. 8 DS-GVO[TRILOG]

Gemäß Art. 8 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] müssen für Minderjährige deren Erziehungsberechtigte die datenschutzrechtliche Einwilligung erteilen oder ihre Zustimmung hierzu geben. Minderjährige ab dem vollendeten sechzehnten Lebensjahr dürfen die Einwilligung selbst erteilen, wobei die Mitgliedstaaten eine darunter liegende Altersgrenze festlegen können, die jedoch nicht unter dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr liegen darf. Da für Geschäfte, in deren Rahmen Scoring zur Vertragsentscheidung herangezogen wird, in aller Regel ohnehin die Geschäftsfähigkeit des potentiellen Kunden erforderlich ist, spielt diese Vorschrift für die Bewertung des Scoring jedoch keine große Rolle.

7. Einwilligung für besondere Kategorien personenbezogener Daten, Art. 9 DS-GVO[TRILOG]

Als besondere Kategorien personenbezogener Daten stuft die DS-GVO[TRILOG] personenbezogene Daten ein, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie genetische Daten, biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer Person oder Daten über Gesundheit oder Sexualleben und sexuelle Ausrichtung, Art. 9 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Ihre Verarbeitung ist gemäß Art. 9 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] verboten, es sei denn, es greift eine der Ausnahmen aus Art. 9 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG] ein. Gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO[TRILOG] begründet die explizite Einwilligung der betroffenen Person zur Verarbeitung der Daten für einen oder mehrere Zwecke eine solche Ausnahme. Die Mitgliedstaaten können jedoch durch nationale Regelungen die Einwilligungsfähigkeit für die Verarbeitung dieser sensiblen personenbezogenen Daten ausschließen. Der Ausschluss der Einwilligungsfähigkeit begegnet

[1254] *Schneider*, in: Ehmann, ZD 2015, 6 (9).

in Deutschland im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verfassungsrechtlichen Bedenken. Es ist daher zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht.

8. Einwilligung als Legitimierung für Verarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen beim Scoring

Den (Kredit-)Unternehmen steht auch unter Geltung der DS-GVO[TRILOG] theoretisch die Möglichkeit offen, Datenverarbeitungen durch die Einholung der Einwilligung der betroffenen Person zu legitimieren. Praktisch ist dies jedoch aufgrund der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten für den Verantwortlichen keine echte Alternative. Die formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Einwilligung ändern sich – abgesehen von dem Verzicht auf die Schriftform in der DS-GVO[TRILOG] – nicht. Allerdings wird die Freiwilligkeit der Einwilligung durch die Auslegungshilfen in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO[TRILOG] sowie in Erwägungsgrund 32 und 34 eine in der Praxis kaum zu erfüllende Wirksamkeitsvoraussetzung. Hintergrund sind verbraucherschutzrechtliche Ziele, die die Verordnung verfolgt. Dies erzeugt für die für die Verarbeitung Verantwortlichen erhebliche Rechtsunsicherheiten. Sollen die Datenverarbeitungen im Rahmen des Scoring auf Einwilligungen gestützt werden, ist auf Seiten der (Kredit-)Unternehmen äußerste Sparsamkeit hinsichtlich der erhobenen und verarbeiteten Daten geboten. Daten, die zur Erfüllung eines Vertrages nicht erforderlich sind, sollten auch nicht mittels Einwilligungen beschafft werden. Außerdem sollte für jeden Datenverarbeitungsvorgang eine eigene Einwilligung eingeholt werden. Doch auch wenn Verantwortliche diese Hinweise beachten, kann es aufgrund eines klaren Ungleichgewichts zwischen der betroffenen Person und dem für die Verarbeitung Verantwortlichen an der Freiwilligkeit der Einwilligung mangeln. Im Verhältnis der betroffenen Person zu Kreditinstituten wird dieses Ungleichgewicht in aller Regel bestehen. Auch im Verhältnis zu anderen Unternehmen wird es regelmäßig anzunehmen sein.[1255] Problematisch ist, dass die DS-GVO[TRILOG] die Bedeutung der Einwilligung stärkt, da sie weniger und allgemeiner formulierte Erlaubnistatbestände enthält, als es im deutschen Recht der Fall ist. Gleichzeitig beschränkt

[1255] *Härting*, Datenschutzgrundverordnung als Instrument der Bevormundung: Trilog erfolgreich, Einwilligung tot, Legal Tribune Online, 16.12.2015, http://www.lto.de/persistent/a_id/17876/ (zuletzt abgerufen am: 17.02.2016); *Schneider*, in: Ehmann, ZD 2015, 6 (9).

die Verordnung die Wirksamkeit der Einwilligung so stark, dass sie für Verantwortliche als rechtssichere Legitimierung ungeeignet ist. Dies steht schließlich auch in Konflikt mit den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, in Deutschland insbesondere mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.[1256]

II. Erlaubnisnormen

Die DS-GVO[TRILOG] enthält in Art. 6 Abs. 1 lit. b bis f verschiedene Erlaubnisnormen, auf die eine Datenverarbeitung gestützt werden kann. Es handelt sich um Generalklauseln, die für alle Bereiche, in denen Daten verarbeitet werden, gleichermaßen gelten. Spezielle Vorschriften zur Regelung des Scoring, wie sie das BDSG in §§ 28a, 28b kennt, sieht die Verordnung nicht vor. Allerdings eröffnet die DS-GVO[TRILOG] der Union und den Mitgliedstaaten durch sog. Öffnungsklauseln an vielen Stellen die Möglichkeit, spezifische Regelungen zu treffen. Es ist zu klären, ob solche Öffnungsklauseln auch für das Scoring zum Zwecke der Bonitätsprüfung bestehen. Der Regelungsauftrag liegt dann vornehmlich bei den Mitgliedstaaten und nicht bei der Union. Vorschriften der Union sind zwar zu bevorzugen, da nur durch sie eine vollständige Harmonisierung des datenschutzrechtlichen Regelungsrahmens in der Europäischen Union erreicht werden kann. Allerdings haben die langwierigen Verhandlungen um die DS-GVO[TRILOG] gezeigt, wie schwer und zeitintensiv es ist, Kompromissregelungen zu schaffen, die die Interessen aller Mitgliedstaaten wahren.

Für die Untersuchung der Erlaubnisnormen für (Kredit-)Unternehmen ist zu beachten, dass diese beim externen Scoring die Scorewertberechnung nicht selbst vornehmen. Die (Kredit-)Unternehmen erheben und speichern bonitätsrelevante Daten der betroffenen Person, um diese für die Scorewertberechnung an Wirtschaftsauskunfteien zu übermitteln (Phase I und II). Nach der Scorewertberechnung erheben sie den von den Wirtschaftsauskunfteien übermittelten Scorewert (Phase IV) und nutzen ihn im Rahmen der Entscheidung über den Abschluss und die Modalitäten eines Vertrages (Phase V).

[1256] *Schneider*, in: Ehmann, ZD 2015, 6 (9).

1. Vertragserfüllung, Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG]

Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG] sind Datenverarbeitungen rechtmäßig, wenn „processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract". Die Verarbeitung von Daten, die zur Vertragserfüllung oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, welche auf Antrag der betroffenen Person erfolgen, erforderlich sind, ist somit zulässig. Die Datenerhebungen durch (Kredit-)Unternehmen im Rahmen des externen Scoring (Phase I) sind somit durch Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG] erlaubt, sofern nur Daten erhoben werden, die zur Vertragserfüllung tatsächlich erforderlich sind. Haben sich (Kredit-)Unternehmen durch die Vertragsbeziehung zu Wirtschaftsauskunfteien zur regelmäßigen Einmeldung bonitätsrelevanter Daten verpflichtet, kann ihre Erhebung nicht mehr auf Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG] gestützt werden. Denn dann dient die Datenerhebung nicht mehr in erster Linie der Vertragserfüllung zwischen dem (Kredit-)Unternehmen und der betroffenen Person.

Auch die weiteren Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen, namentlich die Übermittlung der Daten an Wirtschaftsauskunfteien, die Erhebung des Scorewertes und dessen Nutzung im Rahmen der Vertragsentscheidung, sind nicht zur Vertragserfüllung erforderlich. Sie dienen nicht der Leistungserbringung, sondern dem Risikomanagement des vorleistenden Unternehmens.

2. Erfüllung rechtlicher Verpflichtung, Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG]

Die Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen in den Phasen I, II, IV und V sind gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] zulässig, wenn „processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject". Entscheidend ist also, ob für die (Kredit-)Unternehmen eine gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung dieser Datenverarbeitungen besteht. Obwohl verschiedene gesetzliche Regelungen (Kredit-)Unternehmen zum Risikomanagement verpflichten, existiert bisher keine rechtliche Verpflichtung zur Durchführung von externem Scoring und zur Vornahme der in

diesem Rahmen anfallenden Datenverarbeitungen.[1257] Der deutsche Gesetzgeber könnte jedoch eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung einführen. Gemäß der Öffnungsklausel in Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG] können die Mitgliedstaaten spezifischere Vorschriften beibehalten oder einführen, die die Verarbeitung personenbezogener Daten als Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] begründen („Member States may maintain or introduce more specific provisions to adapt the application of the rules of this Regulation with regard to the processing of personal data for compliance with Article 6(1)(c) […]"). Hierzu können sie spezifische Anforderungen und Maßnahmen präzisieren, die eine rechtmäßige und nach Treu und Glauben erfolgende Datenverarbeitung sicherstellen, einschließlich für andere besondere Verarbeitungssituationen gemäß Kapitel IX der Verordnung („[…] by determining more precisely specific requirements for the processing and other measures to ensure lawful and fair processing including for other specific processing situations as provided for in Chapter IX"). Es wäre also möglich, dass der deutsche Gesetzgeber eine Pflicht zum externen Scoring einführt. Die in dessen Rahmen vorgenommenen Datenverarbeitungen würden dann durch Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] legitimiert. Beim externen Scoring handelt es sich jedoch bloß um eine mögliche Modalität des Risikomanagements. Die Entscheidung über die Art und Weise ihres Risikomanagements sollte den Unternehmen vorbehalten bleiben, die je nach Geschäftstyp unterschiedliche Modelle nutzen können sollten. Die Einführung einer gesetzlichen Pflicht zur Durchführung externen Scorings für vorleistende Unternehmen ist daher nicht zu befürworten und überdies nicht sehr wahrscheinlich. Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] kommt daher als Erlaubnisnorm für die Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen nicht in Betracht.

3. Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe, Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG]

Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] sind Verarbeitungen legitimiert, die erforderlich sind „for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller". Die Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen in den Phasen I, II, IV und V

[1257] Siehe 1. Teil B. II. 2. a).

des externen Scoring erfolgen nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt. Obwohl die Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG] auch für Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] spezifischere nationale Vorschriften ermöglicht, wird sich daran aller Wahrscheinlichkeit nach nichts ändern. Zu beantworten bleibt die Frage, ob es sich bei den Datenverarbeitungen durch (Kredit-) Unternehmen im Rahmen des externen Scoring um die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse („public interest") handelt. Hinweise darauf, welche Ziele unter allgemeinen „public interests" zu verstehen sind, liefert Art. 21 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG]. Dies sind insbesondere wichtige wirtschaftliche und finanzielle Interessen eines Mitgliedstaates, etwa im Währungs-, Haushalts- und Steuerbereich („other important objectives of general public interests of the Union or of a Member State, in particular an important economic or financial interest of the Union or of a Member State, including monetary, budgetary and taxation a [sic!] matters […]"). Externes Scoring liegt im wirtschaftlichen Interesse der Mitgliedstaaten, da Bonitätsauskünfte geeignet sind, Ausfallrisiken besser einzuschätzen.[1258] Scorewerte unterstützen daher die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft, die wiederum ein wichtiger Motor für die Gesamtwirtschaft ist. Dies spricht dafür, dass am Scoring ein öffentliches Interesse besteht. Diese Sichtweise wird auch durch Art. 19 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] unterstützt, der ausdrücklich regelt, dass Profiling, worunter auch Scoring zu fassen ist, auf die Bestimmung des Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] gestützt werden kann. Allerdings sind die Einzelinteressen vorleistender Privatunternehmen an einem wirksamen Risikomanagement – auch wenn sie gemeinsam betrachtet die Gesamtwirtschaft betreffen – nicht mit Währungs-, Haushalts- und Steuerfragen eines Staates vergleichbar. Letztere sind öffentliche im Sinne von staatlichen Interessen. Ein direktes staatliches Interesse am Einsatz des Scoring besteht nicht. Dagegen, dass es sich bei „public interests" um staatliche Interessen handeln muss, spricht der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG]. Dieser unterscheidet klar zwischen Aufgaben im öffentlichen Interesse und solchen in Ausübung öffentlicher Gewalt. Staatliche Interessen werden regelmäßig in Ausübung öffentlicher Gewalt verfolgt. Es erscheint somit vertretbar, die Durchführung von externem Scoring als im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zu verstehen. Denn das Scoring wirkt sich positiv auf die Gesamtwirtschaft aus.

[1258] *Dierkes/Erner/Langer/Norden*, Journal of Banking and Finance 2013, Vol. 37, 2867 (2868).

Bei einer weiten Auslegung des Begriffs der *öffentlichen Interessen* könnte der deutsche Gesetzgeber gemäß Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG] im deutschen Recht eine Grundlage für die Datenverarbeitungen im Rahmen des Scoring schaffen. Zweifel an einer so extensiven Auslegung der „public interests" legt neben Art. 21 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] jedoch auch Erwägungsgrund 36 a. E. nahe. Dieser lässt sich so deuten, dass im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben nur ausnahmsweise von Privaten wahrgenommen werden sollen („It should also be for Union or Member State law to determine whether the controller […] should be a public authority or another natural or legal person governed by public law, or by private law such as a professional association, where grounds of public interest so justify including for health purposes, such as public health and social protection and the management of health care services."). Dies spricht dagegen, dass das von privaten Wirtschaftsauskunfteien für vornehmlich private (Kredit-)Unternehmen durchgeführte Scoring öffentlichen Interessen dient. Indes ist der privatrechtliche Charakter des Informationssystems der Wirtschaftsauskunfteien allein nicht ausreichend, um ein öffentliches Interesse hieran abzulehnen. Schließlich wird die Gesundheitsfürsorge in Deutschland, die laut Erwägungsgrund 36 ein anerkanntes öffentliches Interesse ist, von privaten und öffentlichen Krankenversicherungen sowie Krankenhäusern wahrgenommen.[1259] Ob externes Scoring im öffentlichen Interesse erfolgt, ist somit letztlich eine Auslegungsfrage. Der deutsche Gesetzgeber sollte diese durch die Schaffung einer rechtlichen Grundlage für das externe Scoring positiv beantworten. Ohne eine solche gesetzliche Grundlage im nationalen Recht stellt die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] keine Erlaubnisnorm für die Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen im Rahmen des Scoring dar.

4. Berechtigte Interessen, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG]

Die zentrale Erlaubnisnorm für Verarbeitung bonitätsrelevanter Daten im Rahmen des externen Scoring ist Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG]. Als Bedingung für die Rechtmäßigkeit legt diese Vorschrift fest: „processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fun-

[1259] *Petri*, in: Ehmann, ZD 2015, 6 (8).

damental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child. This shall not apply to processing carried out by public authorities in the performance of their tasks."

Die Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen sind somit legitim, wenn sie zur Wahrung ihrer berechtigten Interessen erforderlich sind und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, nicht überwiegen. Entscheidend ist somit eine Abwägung zwischen den Interessen der (Kredit-)Unternehmen und der betroffenen Person. Im Grunde entspricht dies der deutschen Gesetzeslage vor der BDSG-Novelle I, durch die § 28a BDSG zum 1.4.2010 in das Gesetz eingefügt wurde. Die Vorschrift des § 28a BDSG legt klare Voraussetzungen für die Übermittlung von Forderungs- und Bankdaten durch (Kredit-)Unternehmen an Wirtschaftsauskunfteien fest. Für diesen Schritt der Datenverarbeitung hat sie die zuvor erforderliche Interessenabwägung gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG abgelöst. Die Interessenabwägung nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG ist aber weiterhin erforderlich für die Beurteilung der Zulässigkeit:

- Der Erhebung bonitätsrelevanter Daten für die aufgrund eines Vertragsverhältnisses mit einer Wirtschaftsauskunftei eine Einmeldeverpflichtung der (Kredit-)Unternehmen besteht (Phase I)
- Der Übermittlung bonitätsrelevanter Daten an Wirtschaftsauskunfteien (Phase II)
- Der Erhebung des Scorewertes durch (Kredit-)Unternehmen (Phase IV)
- Der Nutzung des Scorewertes zur Vertragsentscheidung (Phase V)

Für die im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] erforderliche Interessenabwägung zu diesen Verarbeitungsschritten kann daher auf die ausführlichen Ausführungen zur Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG in den Phasen I, II, IV und V nach oben verwiesen werden. Kurz zusammengefasst lässt sich sagen, dass das berechtigte Interesse der (Kredit-)Unternehmen in der Risikoprävention liegt.[1260] Die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen nicht, vorausgesetzt die weiteren

[1260] *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 117; *Taeger*, BB 2007, 785 (785).

Vorschriften der DS-GVO[TRILOG] zum Schutz der betroffenen Person werden eingehalten. Denn ein funktionierendes System, das richtige und aussagekräftige Scorewerte hervorbringt, liegt im Interesse aller beteiligten Akteure, auch des Betroffenen.[1261] Als Einschränkung für den Umfang der zulässigerweise zu verarbeitenden Daten ist das Vertragsverhältnis zwischen den (Kredit-)Unternehmen und der betroffenen Person zu sehen. Diese Wertung ist dem anerkannten Verhältnis der Tatbestandsalternative des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 zu Nr. 2 und 3 BDSG entnommen. Das Bestehen eines Vertrages oder eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses macht eine enge Auslegung der Erlaubnistatbestände der Nr. 2 und 3 erforderlich, um die festgelegte Zweckbestimmung nicht zu unterlaufen.[1262] Übertragen auf die Rechtslage unter der Geltung der DS-GVO[TRILOG] ist Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] eng auszulegen, wenn zwischen dem (Kredit-)Unternehmen und der betroffenen Person ein Vertrag oder ein vorvertragliches Schuldverhältnis besteht. Demnach dürfen nur Daten erhoben werden, die im Einklang mit der Zweckbestimmung des Vertrages oder des vorvertraglichen Schuldverhältnisses stehen.
Besondere Berücksichtigung verlangt die Interessenabwägung für die Übermittlung von Negativdaten und Bankdaten an Wirtschaftsauskunfteien sowie für die Verarbeitung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen.

a) Einmeldung von Negativdaten Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG]

Bei Negativdaten handelt es sich erfahrungsgemäß um Daten, die sich negativ auf den Scorewert auswirken und daher erhebliche Nachteile für die Lebensführung der betroffenen Person auslösen können. Parallel zur erhöhten Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person steigt in Bezug auf diese Daten allerdings auch das Informationsinteresse der Kreditwirtschaft.[1263] Die Risikoprävention, der das Scoring dient, soll die (Kredit-)Unternehmen vor nicht-vertragsgemäßem Verhalten ihrer (potentiellen) Kunden schützen. Informationen, die nicht-vertragsgemäßes Verhalten der betroffenen Person in der Vergangenheit belegen, sind daher für die wirksame Risikoprävention von entscheidender Be-

1261 *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 120.

1262 *Gola/Schomerus*, § 28, Rn. 9; *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 55, 99; *Taeger*, BB 2007, 785 (787).

1263 *Kamlah*, MMR 1999, 395 (398).

deutung.[1264] Dementsprechend muss auch ihre Einbeziehung in die Scorewertberechnung möglich sein. Um die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person zu wahren, ist für die Übermittlung von Negativdaten im Einzelfall das Vorliegen besonderer Voraussetzungen zu fordern. Dem berechtigten Interesse der (Kredit-)Unternehmen an der Einmeldung weicher Negativdaten überwiegen die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person. Weiche Negativdaten werden einseitig durch den Gläubiger, etwa mittels Mahnung oder Kündigung geschaffen.[1265] Ihre Richtigkeit und Aktualität ist daher nicht sichergestellt. Demgegenüber ist das Einmeldeinteresse der (Kredit-)Unternehmen bei harten Negativdaten höher zu gewichten. Diese entstehen durch „staatliche Mitwirkung" oder durch die Einhaltung „gesetzlicher Verfahrensvorschriften", Beispiele sind ein rechtskräftiger Titel oder die Eröffnung und Durchführung eines Insolvenzverfahrens.[1266] Bei der Interessenabwägung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] können die Wertungen des § 28a Abs. 1 BDSG zur Gewichtung der gegenüberstehenden Interessen und für die Festlegung der Anforderungen an eine Übermittlung herangezogen werden. Für die Fälle des § 28a Abs. 1 Nr. 4 und 5 BDSG ist jedoch der Reformvorschlag dieser Arbeit zu beachten, der höhere Anforderungen an die Zulässigkeit der Übermittlung stellt.[1267]

b) Einmeldung von Bankdaten, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG]

Auch Bankdaten können negativen Auswirkungen auf den Scorewert haben. Außerdem steht ihrer Weitergabe durch Kreditinstitute das Bankgeheimnis entgegen. Die Ausführungen zur Einmeldung von Negativdaten gelten für die Einmeldung negativer Bankdaten entsprechend. Zusätzlich ist bei positiven wie negativen Bankdaten zu beachten, dass Kreditinstitute diese erst übermitteln dürfen, wenn sie durch ausdrückliche Erklärung der betroffenen Person vom Bankgeheimnis befreit wurden. Liegt eine Befreiung vor, ist für die Zulässig-

---

[1264] *Kamlah*, MMR 1999, 395 (398).

[1265] *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 176; *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, § 29, Rn. 34.

[1266] *Beckhusen*, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 67 m. w. Bsp.; *Ehmann*, in: Simitis, § 29, Rn. 176.

[1267] Siehe 4. Teil C.

keit der Übermittlung im Einzelfall die Interessenabwägung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] entscheidend.

c) Verarbeitung allgemein zugänglicher Daten, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG]

Die DS-GVO[TRILOG] enthält keine spezielle Erlaubnisnorm zur Verarbeitung allgemein zugänglicher Daten, die etwa über eine Suchmaschinensuche im Internet für jedermann abrufbar sind. Für die Zulässigkeit der Verarbeitung dieser Daten kommt es daher auf die Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] an. Da die Daten für jedermann abrufbar sind, erscheint die betroffene Person grundsätzlich weniger schutzwürdig. Gerade im Rahmen der Verarbeitung von Daten zur Scorewertberechnung besteht jedoch die Gefahr, dass Daten erhoben und verarbeitet werden, die sich negativ auf den Scorewert und somit auf die wirtschaftliche Betätigung der betroffenen Person auswirken. Problematisch ist dies, wenn die Richtigkeit und Aktualität dieser Daten nicht nachprüfbar ist. Entscheidend ist die Interessenabwägung im Einzelfall, bei der vor allem die Seriosität der Quelle zu prüfen ist. Die Erhebung von Daten aus den öffentlichen Bekanntmachungen der Insolvenzgerichte, § 9 InsO, im Internet ist demnach weiterhin zulässig. Zu beachten ist, dass die betroffene Person über die Erhebung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen unter Angabe der Quelle zu informieren ist, Art. 14a Abs. 2 lit. g DS-GVO[TRILOG].[1268] Ist offenkundig, dass die Daten von der betroffenen Person selbst öffentlich gemacht wurden, ist sogar die grundsätzlich untersagte Verarbeitung sensibler Daten zulässig, Art. 9 Abs. 2 lit. e DS-GVO[TRILOG].[1269] Dies spricht dafür, dass die Interessenabwägung allgemein zugunsten des Verantwortlichen ausfällt, wenn Daten offenkundig vom Betroffenen öffentlich gemacht wurden.

[1268] *Veil*, Angriff auf Internet und Meinungsfreiheit (Teil II), CR-online.de Bloq, 15.12.2015, http://www.cr-online.de/blog/2015/12/15/angriff-auf-internet-und-meinungsfreiheit-teil-ii/ (zuletzt abgerufen am 24.2.2016).

[1269] *Veil*, Angriff auf Internet und Meinungsfreiheit (Teil II), CR-online.de Bloq, 15.12.2015, http://www.cr-online.de/blog/2015/12/15/angriff-auf-internet-und-meinungsfreiheit-teil-ii/ (zuletzt abgerufen am 24.2.2016).

d) Zwischenergebnis zur Verarbeitung von Negativdaten, Bankdaten und allgemein zugänglichen Daten

Die Erlaubnisnorm des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] ermöglicht auch weiterhin Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen im Rahmen des externen Scoring. Die Zulässigkeit einzelner Datenverarbeitungen hängt von einer Interessenabwägung ab. Die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten zum Schutz personenbezogener Daten der betroffenen Person dürfen nicht das berechtigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen überwiegen. Aus deutscher Sicht bedeutet die DS-GVO[TRILOG] damit im Hinblick auf die Einmeldung von Negativdaten einen Rückschritt. Mit § 28a Abs. 1 BDSG hat der deutsche Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die klare Anforderungen für die Einmeldung der Negativdaten festlegt. Diese Vorschrift hat zwar Reformbedarf, schafft aber Rechtssicherheit für die Verantwortlichen und ist nach Umsetzung der in dieser Arbeit vorgeschlagenen Änderungen auch geeignet, die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten zum Schutz personenbezogener Daten der betroffenen Person effektiv zu schützen. Eine Rückkehr zum System der Interessenabwägung, wie es die DS-GVO[TRILOG] vorsieht, schafft hingegen erhebliche Rechtsunsicherheit für die verantwortlichen Datenverarbeiter und auch der Nutzen für die betroffene Person ist fraglich. Der deutsche Rechtsanwender und die deutsche Gerichtsbarkeit sollten im Rahmen der Interessenabwägung die Wertungen des § 28a Abs. 1 BDSG in der mit dieser Arbeit vorgeschlagenen Fassung heranziehen. Die Übertragung von Bankdaten an Wirtschaftsauskunfteien ist und bleibt nur zulässig, wenn die betroffene Person ihr Kreditinstitut vom Bankgeheimnis befreit.
Anzumerken ist noch, dass die DS-GVO[TRILOG] keine spezielle Erlaubnisnorm zur Verarbeitung personenbezogener Daten aus allgemein zugänglichen Quellen enthält. Die Legitimierung entscheidet sich anhand der Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f BDSG. Außerdem ist die betroffene Person über die Erhebung der Daten unter Nennung der Quelle zu informieren. Die Erhebung von Daten aus seriösen Quellen ist (Kredit-)Unternehmen damit weiterhin gestattet. Sofern keine Gewähr für die Richtigkeit und Aktualität der Daten besteht, ist jedoch keine zulässige Erhebung und Verarbeitung möglich. Im Unterschied zum BDSG sieht die DS-GVO[TRILOG] somit keine erleichterte Erhebung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen vor. Diese kann jedoch durch den Rechtsanwender im Wege einer entsprechenden Interessenabwägung hergestellt werden.

III. Verbot der automatisierten Einzelentscheidung einschließlich Profiling, Art. 20 DS-GVO[TRILOG]

Bei Art. 20 DS-GVO[TRILOG] handelt es sich nicht um eine Erlaubnisnorm. Gemäß Art. 20 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] hat die betroffene Person das Recht „not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her." Die Vorschrift statuiert somit ein Verbot der Einzelentscheidung aufgrund einer automatisierten Verarbeitung, einschließlich Profiling, die der betroffenen Person gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Damit entspricht ihr Regelungsgehalt dem des § 6a Abs. 1 BDSG.

1. Profiling und Scoring

Der Begriff des *Profiling* wird in Art. 4 Abs. 3aa DS-GVO[TRILOG] legaldefiniert: „'profiling' means any form of automated processing of personal data consisting of using those data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements". Unter den Profiling-Begriff fällt nach dieser Definition nicht nur die Analyse („analysis"), sondern auch die Prognose („prediction") der wirtschaftlichen Situation natürlicher Personen. Dies ergibt sich auch aus den Erwägungsgründen 21 und 58. Beim Scoring zum Zwecke der Bonitätsbewertung handelt es sich um eine Datenverarbeitung zur Prognose der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit einer natürlichen Person oder eines Unternehmens. Unter den Profiling-Begriff fasst die Verordnung daher auch das Scoring zum Zwecke der Bonitätsprüfung. Dies ist nicht selbstverständlich, da der Begriff *Profiling* vor allem im Zusammenhang mit Big Data verwendet wird.[1270] Gemeint ist meistens die Analyse und Auswertung großer Datenmengen durch Internet-Konzerne, um, je nach Dienst, Werbung, Nachrichten, Kaufempfehlungen oder Musikvorschläge gezielt an den individuellen Vorlieben der Nutzer auszurichten.[1271] Auch der Einsatz von Scoring zu diesen Zwecken ist möglich. Das Scoring zum Zwecke der Boni-

[1270] *Härting*, CR 2014, 528 (528).

[1271] *Härting*, CR 2014, 528 (529).

tätsprüfung dient jedoch nicht allein der Profitsteigerung, sondern vor allem dem Risikomanagement von Unternehmen. Dass die DS-GVO[TRILOG] nicht zwischen Profiling durch Internet-Konzerne und Scoring zum Zwecke der Bonitätsprüfung unterscheidet, macht die große Schwäche dieser Verordnung deutlich. Sie ist eine Kompromissfassung, die keine spezifischen Regelungen trifft, obwohl Datenverarbeitungen in ganz unterschiedlichen Bereichen mit ganz unterschiedlichen Zielen diese erfordern.

2. Ausschließlich auf automatisierter Verarbeitung, einschließlich Profiling, beruhende Entscheidung

Kriterien dafür, wann eine Entscheidung als ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhend anzusehen ist, legt der Verordnungstext nicht fest. Aus Erwägungsgrund 58 DS-GVO[TRILOG] ergibt sich aber, dass es an jeglichem menschlichen Eingreifen mangeln muss („without any human intervention"). Als Beispiel wird hier die automatische Ablehnung eines Online-Kreditvertrages genannt. Das Verbot einer ausschließlich automatisierten Einzelentscheidung greift im Rahmen des Scoring in Phase V, in der (Kredit-) Unternehmen den Scorewert zur Vertragsentscheidung nutzen. Scorewerte werden durch Wirtschaftsauskunfteien in automatisierten Verfahren berechnet. Die ausdrückliche Einbeziehung des Profiling im Verordnungstext hat eine rein klarstellende Funktion und ist daher überflüssig. Dass Profiling auf einer automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beruht, ergibt sich bereits aus der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 3aa DS-GVO[TRILOG]. Wird eine Vertragsentscheidung ohne weitere Prüfung durch eine natürliche Person allein aufgrund eines Scorewertes getroffen, ist dies nach Art. 20 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] unzulässig, sofern nicht eine der Ausnahmen des Art. 20 Abs. 1a DS-GVO[TRILOG] eingreift. Die Vergabe eines Kredits für den Kauf einer Immobilie wird neben dem Scorewert in aller Regel von vorhandenen Sicherheiten, dem Einkommen des Kreditstellers und den Vergaberichtlinien der Institute abhängig gemacht.[1272] Eine Entscheidung ohne menschliche Intervention ist nicht denkbar. Für die Verwendung des automatisiert berechneten Scorewertes im Rahmen solcher Entscheidungen greift das Verbot des Art. 20 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] daher nicht ein. Anders ist dies bei den Massenge-

[1272] *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (51).

schäften im Online-Versandhandel[1273] und bei Online-Kreditverträgen. Für die Zulässigkeit der scorewertbasierten Entscheidungen in diesen Bereichen kommt es daher darauf an, ob eine Ausnahme gemäß Art. 20 Abs. 1a DS-GVO[TRILOG] einschlägig ist.

3. Ausnahmen, Art. 20 Abs. 1a DS-GVO[TRILOG]

a) Zur Vertragserfüllung erforderlich, Art. 20 Abs. 1a lit. a DS-GVO[TRILOG]

Die automatisierte Entscheidung ist zulässig, wenn sie zur Erfüllung eines Vertrages zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person erforderlich ist, Art. 20 Abs. 1a lit. a DS-GVO[TRILOG]. Der Abschluss und die Erfüllung bei Massengeschäften im Online-Versandhandel und bei Online-Kreditverträgen sind auch möglich, wenn eine menschliche Beurteilung zwischengeschaltet wird. Dies wird in den meisten Fällen nicht wirtschaftlich sein und die Schnelligkeit der Geschäfte wird erheblich leiden. Die Vertragserfüllung erfordert aber nicht die ausschließlich automatische Datenverarbeitung. Die Ausnahme des Art. 20 Abs. 1a DS-GVO[TRILOG] greift daher für automatische Vertragsentscheidungen aufgrund eines extern eingeholten Scorewertes nicht ein.

b) Nationale Rechtsvorschriften, Art. 20 Abs. 1a lit. b DS-GVO[TRILOG]

Die ausschließlich automatisierte Entscheidung kann durch Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zugelassen werden. Diese Vorschriften müssen geeignete Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten, Art. 20 Abs. 1a lit. b DS-GVO[TRILOG]. Geeignete Maßnahmen sind die Information der betroffenen Person, ihr Anspruch auf direktes Eingreifen einer Person auf Seiten des Verantwortlichen und die Möglichkeit der Darlegung des eigenen Standpunktes sowie das Recht auf Anfechtung der Entscheidung, Erwägungsgrund 58 DS-GVO[TRILOG]. Der deutsche Gesetzgeber ist angehalten, entsprechende nationale Regelungen zu schaffen. Ansonsten werden kundenfreundliche Ge-

[1273] *Born*, ZD 2015, 66 (69).

schäftsmodelle wie der Kauf auf Rechnung im Online-Versandhandel oder die Online-Kreditvergabe unter Geltung der DS-GVO[TRILOG] nicht mehr (wirtschaftlich) betrieben werden können.

c) Ausdrückliche Einwilligung, Art. 20 Abs. 1a lit. c DS-GVO[TRILOG]

Die automatisierte Entscheidung ist auch zulässig, wenn die betroffene Person ihre ausdrückliche Einwilligung erteilt hat, Art. 20 Abs. 1a lit. c DS-GVO[TRILOG]. Für rein scorewertbasierte Vertragsentscheidungen ist dies jedoch in aller Regel keine Alternative, da die hohen Wirksamkeitsvoraussetzungen der DS-GVO[TRILOG] an die Einwilligung, insbesondere an deren Freiwilligkeit, praktisch nicht einzuhalten sind.

d) Heranziehung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, Art. 20 Abs. 3 DS-GVO[TRILOG]

Ist die automatisierte Einzelentscheidung ausnahmsweise möglich, dürfen hierzu grundsätzlich keine sensiblen personenbezogenen Daten herangezogen werden, Art. 20 Abs. 3 DS-GVO[TRILOG]. Es sei denn, Art. 9 Abs. 2 lit a oder g DS-GVO[TRILOG] greift ein und es wurden geeignete Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person getroffen.

IV. Zwischenergebnis zu den Erlaubnisnormen

Die Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen im Rahmen des Scoring bleiben voraussichtlich auch unter Geltung der DS-GVO[TRILOG] zulässig. Zentrale Erlaubnisnorm für alle Datenverarbeitungsschritte in den Phasen I, II, IV und V des Scoring ist Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG]. Diese Vorschrift macht die Zulässigkeit der Datenverarbeitungen von einer Interessenabwägung abhängig. Abzuwägen ist, ob die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten zum Schutz personenbezogener Daten der betroffenen Person die berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen überwiegen. Dies ist durch den für die Verarbeitung Verantwortlichen im Einzelfall zu bestimmen. Es gilt im Grunde die Rechtslage des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG. Allerdings schafft die *Rückkehr* zur Interessenabwägung Rechtsunsicherheiten

in besonders heiklen Fällen wie der Einmeldung von Negativ- und Bankdaten bei Wirtschaftsauskunfteien sowie der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten aus allgemein zugänglichen Quellen. Hier sind spezifische Regelungen des deutschen Gesetzgebers zu befürworten. Diese könnten aufgrund der Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 2a i. V. m Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] erlassen werden, wenn der deutsche Gesetzgeber sich für eine weite Auslegung des Begriffs der „public interests" entscheidet. Ansonsten sind der deutsche Rechtsanwender und die Rechtsprechung angehalten, den hohen Schutzstandard des deutschen Rechts aus § 28a BDSG – in der von dieser Arbeit vorgeschlagenen Fassung – im Rahmen der Interessenabwägung anzulegen bzw. die Erhebung und Verarbeitung allgemein zugänglicher Daten unter erleichterten Bedingungen zu gestatten.

Unbedingter Handlungsbedarf des deutschen Gesetzgebers besteht für die Schaffung nationaler Rechtsvorschriften nach Art. 20 Abs. 1a lit. b DS-GVO[TRILOG], die unter Einhaltung bestimmter Bedingungen durch den für die Verarbeitung Verantwortlichen die automatisierte Einzelentscheidung zulassen. Ansonsten würden kundenfreundliche Geschäftsmodelle wie der Kauf auf Rechnung im Online-Versandhandel oder die Online-Kreditvergabe gegen Art. 20 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] verstoßen.

Sehr kritisch ist zu sehen, dass die Verordnung die Legitimierung der Datenverarbeitungen im Rahmen des Scoring durch die Einwilligung des Betroffenen, Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO[TRILOG], praktisch unmöglich macht. Die Voraussetzungen an die Freiwilligkeit der Einwilligung sind zu stark von verbraucherschutzrechtlichen Erwägungen geprägt. Die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, werden hierdurch nicht gestärkt. Vielmehr ist es auch Teil dieser Rechte, der betroffenen Person die Möglichkeit einzuräumen, ihre Daten zur Verarbeitung bereitzustellen. Diese Möglichkeit wird durch die hohen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung stark eingeschränkt. Die Regelungen zur Einwilligung nach der DS-GVO[TRILOG] begegnen daher grundrechtlichen Bedenken.

B. Verarbeitung von Daten durch Wirtschaftsauskunfteien

Beim externen Scoring wird der Scorewert durch Wirtschaftsauskunfteien berechnet. Die Scorewertberechnung in Phase III des Scoring ist eine der Datenverarbeitungen durch Wirtschaftsauskunfteien. Daneben erheben und speichern Wirtschaftsauskunfteien in Phase II Daten, die sie zur Scorewertberechnung nutzen. Dabei handelt es sich um die Daten, die von (Kredit-)Unternehmen eingemeldet werden und um Daten, die Wirtschaftsauskunfteien selbst, etwa aus Verzeichnissen, Registern und öffentlichen Bekanntmachungen, erheben. In Phase IV übermitteln die Wirtschaftsauskunfteien schließlich den errechneten Scorewert an das anfragende (Kredit-)Unternehmen. Für diese Datenverarbeitungen durch Wirtschaftsauskunfteien gilt gemäß Art. 6 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Ihre Rechtmäßigkeit erfordert das Eingreifen einer der Bedingungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a bis f DS-GVO[TRILOG].

I. Einwilligung

Die Legitimierung der Datenverarbeitungen durch die Einwilligung der betroffenen Person, Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO[TRILOG], scheitert aus den gleichen praktischen Gründen, die bereits im Rahmen der Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen erörtert wurden. Zwischen der Wirtschaftsauskunftei und der betroffenen Person besteht beim externen Scoring keine vertragliche Beziehung. Daher ist die Einwilligung für die Datenverarbeitungen durch Wirtschaftsauskunfteien bereits in Phase I durch die Vertragspartner der Auskunfteien einzuholen und muss sich ausdrücklich auf alle Datenverarbeitungsschritte beziehen. Für die Beurteilung ergeben sich daher keine Unterschiede zu den obigen Ausführungen.

II. Erlaubnisnormen

Als Erlaubnisnormen für die Datenverarbeitungen durch Wirtschaftsauskunfteien kommen die gleichen Normen in Betracht, die bereits für die Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen erörtert wurden. Die Untersuchung be-

schränkt sich daher an dieser Stelle auf die Besonderheiten, die sich für Wirtschaftsauskunfteien ergeben.

1. Vertragserfüllung, Art 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG]

Zwischen den Wirtschaftsauskunfteien und der betroffenen Person besteht beim externen Scoring keine vertragliche oder vorvertragliche Beziehung. Eine Legitimierung der vorgenommenen Datenverarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG] scheidet somit aus.

2. Erfüllung rechtlicher Verpflichtung, Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG]

Es besteht keine rechtliche Verpflichtung zur Durchführung der Scorewertberechnungen für Wirtschaftsauskunfteien. Der deutsche Gesetzgeber ist gemäß der Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG] befugt, eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung zu schaffen. Es ist jedoch nicht sehr wahrscheinlich, dass er eine gesetzliche Pflicht zur Durchführung von externem Scoring einführen wird. Eine solche Pflicht begegnet im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit der (Kredit-)Unternehmen, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, auch verfassungsrechtlichen Bedenken.

3. Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe, Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG]

Die Frage, ob externes Scoring im öffentlichen Interesse liegt, ist eine Auslegungsfrage. Wie im Rahmen der Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen erläutert, sprechen gute Gründe dafür, dass ein öffentliches Interesse am Scoring besteht. Auch systematische Erwägungen legen dies nahe. Gemäß Art. 19 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] kann Profiling auf die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 lit. e oder f DS-GVO[TRILOG] gestützt werden. Unter den Profiling-Begriff der Verordnung aus Art. 4 Abs. 3aa DS-GVO[TRILOG] fällt auch das Scoring zum Zwecke der Bonitätsbewertung. Der deutsche Gesetzgeber sollte diese Auslegungsfrage beantworten, indem er von seiner Befugnis gemäß

Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG] Gebrauch macht und Regelungen zum Scoring schafft.

4. Berechtigte Interessen, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG]

Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] sind Datenverarbeitungen rechtmäßig, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder eines Dritten („or by a third party“) erforderlich sind, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Entscheidend für die Legitimierung der Datenverarbeitungen durch Wirtschaftsauskunfteien ist daher eine Interessenabwägung. Für die durch sie durchgeführten Datenverarbeitungen ist die Wirtschaftsauskunftei selbst der für die Verarbeitung Verantwortliche. Eine Verarbeitung im Auftrag der scorewertanfragenden (Kredit-)Unternehmen kommt in aller Regel nicht in Betracht. Das eigene Interesse der Wirtschaftsauskunfteien an den Datenverarbeitungen im Rahmen der Scorewertberechnung ist vor allem wirtschaftlicher Natur. Die Auskunfteien bieten Scorewerte als Produkt am Markt an und erwirtschaften mit deren Verkauf einen Teil ihres Umsatzes. Bei wirtschaftlichen Interessen kann es sich ebenso wie bei ideellen Interessen um berechtigte Interessen handeln.[1274] Indes ist zu beachten, dass die Wirtschaftsauskunfteien in keinerlei Vertragsbeziehung zur betroffenen Person stehen. Der Verarbeitung der Daten über eine fremde betroffene Person, insbesondere deren Übermittlung gegen Entgelt, im eigenen Interesse der Wirtschaftsauskunfteien werden daher in vielen Fällen die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person entgegenstehen. Eine andere Bewertung kann sich im Einzelfall aufgrund geringerer Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person bei allgemein zugänglichen Daten aus seriösen Quellen oder bei offenkundig von der betroffenen Person öffentlich gemachten Daten ergeben.

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] ist es jedoch ausreichend, wenn die Verarbeitung der Daten zur Wahrung des berechtigten Interesses eines Dritten erforderlich ist. Die Wirtschaftsauskunfteien können sich auf das berechtigte Interesse ihrer Vertragspartner, den (Kredit-)Unternehmen, an einem wirksamen Risikomanagement berufen. Gerade kleinere und mittelgroße Unter-

[1274] *Simitis*, in: Simitis, § 28, Rn. 104.

nehmen sind für eine wirksame Risikoprävention auf die Einholung externer Scorewerte angewiesen. Ferner wirkt es sich positiv auf die Aussagekraft der Scorewerte aus, wenn sie von hierauf spezialisierten Auskunfteien berechnet werden. Ein Überwiegen der Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person ist grundsätzlich nicht anzunehmen. Das Interesse der vorleistenden (Kredit-)Unternehmen an wirksamer Risikoprävention überwiegt. Alle Datenverarbeitungen, die zur Scorewertberechnung für die anfragenden (Kredit-)Unternehmen erforderlich sind, können daher auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] gestützt werden. Die Erhebung und Speicherung der von (Kredit-)Unternehmen eingemeldeten Daten, die Datenverarbeitung zur Scorewertberechnung und die Übermittlung des Scorewertes an die anfragenden Vertragspartner kann daher auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] gestützt werden.

a) Datenerhebungen und -speicherungen im Vorfeld der Scorewertberechnung

Fraglich ist, ob die Erlaubnisnorm auch die sonstigen Datenerhebungen und -speicherungen durch die Wirtschaftsauskunfteien legitimiert. Hierbei handelt es sich etwa um die Entnahme von Daten aus allgemein zugänglichen Registern und Bekanntmachungen[1275] oder die Einmeldung von Daten durch Inkassounternehmen[1276]. Diese finden unabhängig von einer konkreten Scorewertanfrage im Vorfeld der Scorewertberechnung statt, um letztere auf eine möglichst breite Datenbasis zu stellen.

aa) Grundsatz der „data minimisation“, Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG]

Diesen Datenverarbeitungen könnte der Grundsatz der „data minimisation“ aus Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] entgegenstehen. Hiernach müssen personenbezogene Daten sein: „adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed“. Es stellt sich die Fra-

---

[1275] *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 55.

[1276] *Becker*, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens, S. 45; *Abe*l, RDV 2009, 147 (149).

ge, ob die eigenen Datenerhebungen und -speicherungen der Wirtschaftsauskunfteien für die Scorewertberechnung als Zweck der Datenverarbeitung sachlich relevant und notwendig sind. Dagegen spricht, dass nicht absolut sicher ist, dass zu den Personen, deren Daten erhoben und gespeichert werden, auch Scorewertanfragen eingehen werden. Allerdings erhöht sich die Aussagekraft aller Scorewerte, wenn im Rahmen der Scorewertberechnung mehr Daten ausgewertet werden.[1277] Dies gilt insbesondere für die Erstellung der Vergleichsgruppen. Differenzierte und aussagekräftige Vergleichsgruppen kommen allen Scorewertberechnungen innerhalb einer Auskunftei zugute. Es besteht somit eine sachliche Relevanz und Notwendigkeit dieser Datenerhebungen und -speicherungen für die Zwecke der Scorewertberechnung. Der Grundsatz der „data minimisation" steht nicht entgegen.

bb) Erforderlich zur Wahrung berechtigter Interessen

Die Datenverarbeitungen im Vorfeld müssen auch zur Wahrung berechtigter Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich sein, Art. 5 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG]. Der Zusammenhang zwischen den Datenerhebungen und -speicherungen im Vorfeld und der Steigerung der Aussagekraft aller Scorewerte liefert ein Argument dafür, dass auch diese Datenverarbeitungen zur Wahrung des berechtigten Interesses der (Kredit-) Unternehmen an einem wirksamen Risikomanagement erforderlich sind. Es würde dem System der Bonitätsauskünfte erheblichen Schaden zufügen, wenn Wirtschaftsauskunfteien bonitätsrelevante Daten etwa aus Insolvenzbekanntmachungen und Handelsregistern oder von Inkassounternehmen nicht erheben dürften. Bezüglich der Datenerhebungen aus seriösen allgemein zugänglichen Quellen wie öffentlichen Bekanntmachungen und Registern kann außerdem – wie oben bereits erwähnt – von einer geringeren Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person ausgegangen werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Urheberschaft oder die Richtigkeit und Aktualität der Daten nicht sicher festgestellt werden können. Bei der Einmeldung von Negativdaten durch Inkassounternehmen sind in der Interessenabwägung die im Rahmen der Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen herausgearbeiteten hohen Anforderungen zu stellen. Insgesamt sprechen gute Gründe dafür, dass bei Vorliegen der genann-

[1277] *Schröder/Taeger*, Studie: Scoring im Fokus, 2014, S. 14, 24.

ten Voraussetzungen an die Seriosität der Quelle und die Datenqualität bzw. die Übermittlungsanforderungen auch für die Datenerhebungen und -speicherungen im Vorfeld kein Überwiegen der Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person anzunehmen ist. Etwas anderes kann sich bei Vorliegen besonderer Umstände im Einzelfall ergeben.

b) Zwischenergebnis zu den Datenerhebungen im Vorfeld

Im Ergebnis greift Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] in vielen Fällen als Erlaubnisnorm für die Datenverarbeitungen durch Wirtschaftsauskunfteien im Vorfeld der Scorewertberechnung ein. Die Wirtschaftsauskunfteien können sich dabei auf die Wahrung der berechtigten Interessen der (Kredit-)Unternehmen an einer wirksamen Risikoprävention berufen.

III. Vorschriften zum Scoringverfahren

In § 28b Nr. 1 BDSG sind seit der BDSG-Novelle I Zulässigkeitsvoraussetzungen geregelt für die Berechnung von Wahrscheinlichkeitswerten über ein zukünftiges Verhalten des Betroffenen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm ist, dass die Wahrscheinlichkeitswerte zum Zwecke der Vertragsentscheidung verwendet werden. Die Vorschrift legt fest, dass die zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswertes (Scorewertes) genutzten Datenarten unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sind. Es wird also sichergestellt, dass zur Scorewertberechnung nur Daten verwendet werden dürfen, denen mittels gängiger mathematischer Methoden nachweisbar eine statistische Aussage in Bezug auf die zu prognostizierende Zahlungswilligkeit und -fähigkeit des Gescorten zukommt. Hierdurch wird ein Standard für die Ausgestaltung von Scoringverfahren festgelegt, der auch von den Aufsichtsbehörden überprüft werden kann. Dies ist wichtig, um die Berechnung willkürlicher Scorewerte zu verhindern. Um das Auftreten willkürlicher Scorewerte effektiv zu unterbinden, schlägt diese Arbeit außerdem die gesetzliche Festlegung einer Mindestdatenanzahl für die Wahrscheinlichkeitswertberechnung vor. Die DS-GVO[TRILOG] enthält keine dem § 28b Nr. 1 BDSG entsprechende Vorschrift. Insbesondere Art. 20 DS-GVO[TRILOG] stellt keine Anforderungen an

die Durchführung des Profilings, sondern regelt das Verbot der automatisierten Einzelentscheidung und dessen Ausnahmen.

1. Empfehlungen aus Erwägungsgrund 58 DS-GVO[TRILOG]

Lediglich in Erwägungsgrund 58 DS-GVO[TRILOG] werden verschiedene Voraussetzungen, denen Profiling genügen soll, genannt. Bei den Erwägungsgründen handelt es sich jedoch nicht um verbindliche Regelungen der Verordnung.[1278] Sie bringen lediglich den historischen Willen des Gesetzgebers und die verfolgten Ziele zum Ausdruck und dienen als Auslegungshilfe für die Verordnung.[1279] Gefordert wird

- die Verwendung geeigneter mathematischer oder statistischer Verfahren („adequate mathematical or statistical procedures) für das Profiling,
- die Einführung technischer und organisatorischer Maßnahmen, mit denen in geeigneter Weise insbesondere sichergestellt wird, dass Faktoren, die zu unzutreffenden Daten führen, korrigiert werden und das Risiko für Fehler minimiert wird,
- die Sicherung personenbezogener Daten, um den potentiellen Bedrohungen für die Interessen und Rechte der betroffenen Person Rechnung zu tragen und Diskriminierungen aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft, politischer Meinung, Religion oder Weltanschauung, Gewerkschaftszugehörigkeit, genetischer Anlagen oder Gesundheitszustand sowie sexueller Ausrichtung zu verhindern.

2. Handlungsbedarf des deutschen Gesetzgebers

Mangels verbindlicher Regelungen in der Verordnung sollte der deutsche Gesetzgeber die Anforderungen an das zum Scoring verwendete mathematisch-statistische Verfahren sowie für die nachweisbare Erheblichkeit der genutzten Daten gesetzlich regeln. Außerdem sind Verpflichtungen für Wirtschaftsauskunfteien zu schaffen, die sie zur Ergreifung von Maßnahmen zur Fehlerminimierung und zur Beseitigung von Faktoren, die zu unzutreffenden Daten führen, verpflichten. Hierzu ist der Vorschlag dieser Arbeit zur Einführung von

---

[1278] *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Einleitung, Rn. 78.

[1279] *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Einleitung, Rn. 78.

Stichprobenkontrollen und Schlüssigkeitsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien in ein Gesetz umzusetzen. Vorschriften zur Verhinderung von Diskriminierung sind ebenfalls möglich. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine Verarbeitung diskriminierungsgeeigneter personenbezogener Daten i. S. d. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien ohnehin nur in praktisch kaum relevanten Ausnahmesituationen möglich ist. Die betroffene Person muss ihre ausdrückliche Einwilligung erteilt haben, Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO[TRILOG], was in den Fällen des Scoring praktisch kaum wirksam möglich ist. Die Verarbeitung sensibler Daten für das Scoring ist daher praktisch nur denkbar, wenn die betroffene Person diese offenkundig öffentlich gemacht hat, Art. 9 Abs. 2 lit. e DS-GVO[TRILOG].
Die Befugnis des deutschen Gesetzgebers zum Erlass entsprechender Vorschriften ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG], wenn der deutsche Gesetzgeber externes Scoring als im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe versteht. Bei den zu schaffenden Regelungen handelt es sich zwar nicht um Erlaubnisnormen, aber um Maßnahmen, die eine rechtmäßige und nach Treu und Glauben erfolgende Verarbeitung gewährleisten.

IV. Zwischenergebnis Verarbeitung von Daten durch Wirtschaftsauskunfteien

Die bereits im Rahmen der Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen geäußerte Kritik an den praktisch unerfüllbaren Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO[TRILOG], gilt ebenso für die Datenverarbeitungen durch Wirtschaftsauskunfteien.
Für die Zulässigkeit der Datenverarbeitungen durch Wirtschaftsauskunfteien gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] kommt es wieder darauf an, ob der deutsche Gesetzgeber externes Scoring als im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe anerkennt und dies aufgrund der Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG] im deutschen Recht regelt.
Ansonsten kommt als Erlaubnisnorm Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] in Betracht, wobei sich die Wirtschaftsauskunfteien auf die berechtigten Interessen ihrer Vertragspartner, den (Kredit-)Unternehmen, an einer wirksamen Risikoprävention berufen können. Es sprechen gute Gründe dafür, dieses Interesse auch bei den Datenerhebungen und -speicherungen, die Wirtschaftsauskunfteien anlasslos im Vorfeld vornehmen, gegenüber den Interessen der betroffenen

Person überwiegen zu lassen. Zumindest, wenn die Daten aus einer seriösen Quelle stammen, von der betroffenen Person selbst offenkundig öffentlich gemacht wurden oder – im Falle von Negativdaten – die oben herausgearbeiteten Anforderungen erfüllt sind.
Handlungsbedarf des deutschen Gesetzgebers besteht im Hinblick auf die Schaffung einer dem § 28b Nr. 1 DS-GVO[TRILOG] entsprechenden Norm, die zusätzlich die von dieser Arbeit vorgeschlagene Festlegung einer Mindestdatenanzahl für die Scorewertberechnung enthält. Verbindliche Vorgaben an die Wissenschaftlichkeit des Scoringverfahrens finden sich in der Verordnung selbst nämlich nicht. Lediglich in dem zur Auslegung der Verordnung heranzuziehenden Erwägungsgrund 58 DS-GVO[TRILOG] sind entsprechende Maßnahmen angeraten.

C. Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen

Die DS-GVO[TRILOG] sieht einen langen Pflichtenkatalog für den für die Verarbeitung Verantwortlichen vor. Im Rahmen des Scoring gelten diese Pflichten sowohl für (Kredit-)Unternehmen als auch für Wirtschaftsauskunfteien. Die folgende Darstellung verfolgt das Ziel, einen Überblick über die für das Scoring wichtigsten Pflichten nach der DS-GVO[TRILOG] zu geben. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

I. Allgemeine Pflichten

1. Allgemeine Grundsätze des Datenschutzrechts, Art. 5 DS-GVO[TRILOG]

In Art. 5 DS-GVO[TRILOG] sind Grundsätze niedergelegt, die jeder Verantwortliche bei der Verarbeitung personenbezogener Daten beachten muss. Zu konkreten Maßnahmen verpflichten sie jedoch nicht. Dem Rechtsanwender kommt somit ein Auslegungsspielraum zu, mit dem automatisch auch Rechtsunsicherheiten einhergehen. (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien müssen diese Grundsätze bei der Datenverarbeitung einhalten. Im Einzelnen handelt es sich um:

- Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben und Transparenz für die betroffene Person (“lawfulness, fairness and transparency”), Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO[TRILOG],
- Zweckbindung („purpose limitation“), Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG],
- Datenminimierung (“data minimisation”), Art, 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG],
- Richtigkeit („accuracy“), Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO
- Speicherbegrenzung („storage limitation“), Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG],
- Integrität und Vertraulichkeit (“integrity and confidentiality”), Art. 5 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG],
- Rechenschaftspflicht (“accountability”) bezüglich der Einhaltung dieser Grundsätze, Art. 5 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG].

Aus dem Zweckbindungsgrundsatz ergibt sich für (Kredit-)Unternehmen, dass die Bonitätsprüfung als (zusätzlicher) Zweck der Datenverarbeitung spätestens bei der Erhebung der Daten festzulegen ist. Die sachliche Richtigkeit und Aktualität der zur Scorewertberechnung verwendeten Daten ist für die Berechnung richtiger und aussagekräftiger Scorewerte elementar. Aus dem Richtigkeitsgrundsatz folgt die Verpflichtung, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um unzutreffende Daten zu löschen oder zu berichtigen. Mögliche Maßnahmen sind die von dieser Arbeit vorgeschlagenen Stichproben- und Schlüssigkeitsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien.
Beschränkungen der Datenschutzgrundsätze sind nach Art. 21 DS-GVO[TRILOG] zum Schutze dort abschließend genannter wichtiger Ziele durch unionseigene oder mitgliedstaatliche Regelungen möglich.

2. Kompatibilitätstest bei Zweckänderung, Art. 6 Abs. 3a DS-GVO

Werden Daten zu einem anderen Zweck verarbeitet als der, zu dem sie erhoben wurden, und hat die betroffene Person hierzu nicht ihre Einwilligung erteilt und es besteht auch keine unionsrechtliche oder mitgliedsstaatliche Beschränkungsnorm gemäß Art. 21 Abs. 1 lit. aa bis g DS-GVO[TRILOG], ist anhand des Kompatiblitätskatalogs in Art. 6 Abs. 3a DS-GVO[TRILOG] zu ermitteln, ob die Daten auch zu diesem anderen Zweck verarbeitet werden dürfen. Beim ex-

ternen Scoring ist die Bonitätsprüfung durch Wirtschaftsauskunfteien als ein Zweck der Datenverarbeitung bereits bei der Erhebung der Daten festzulegen. Der Zweck ist dabei nicht auf die konkrete Bonitätsprüfung zu beschränken, sondern muss die Verarbeitung der Daten zum Zwecke der Bonitätsauskunft durch Wirtschaftsauskunfteien umfassen. Ansonsten handelt es sich bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien um eine Zweckänderung, wenn die Verarbeitung der Daten nicht mehr dem Zweck der konkreten Bonitätsbewertung dient, sondern dem Ausbau und der Verbesserung des Auskunftssystems der Wirtschaftsauskunfteien. Dies ist bei einer Speicherung der Daten über die konkrete Anfrage hinaus oder bei ihrer statistischen Auswertung der Fall. Für die statistische Auswertung der Daten zur Erstellung von Vergleichsgruppen werden regelmäßig nur anonymisierte Daten genutzt werden. Für sie greift der Schutz der DS-GVO[TRILOG] gar nicht ein. Ansonsten dürfen die Daten bei einer Zweckänderung durch Wirtschaftsauskunfteien nur weiter verarbeitet werden, wenn der Kompatibilitätstest gemäß Art. 6 Abs. 3a DS-GVO[TRILOG] im Einzelfall positiv ausfällt. Um die Arbeit der Wirtschaftsauskunfteien nicht unnötig zu erschweren und hier Rechtsklarheit zu schaffen, sollte der deutsche Gesetzgeber nach Art. 21 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] zum Schutz eines wichtigen wirtschaftlichen Interesses das Kompatibilitätserfordernis für Datenverarbeitungen durch Wirtschaftsauskunfteien auflockern. Das wichtige wirtschaftliche Interesse hieran ist die Notwendigkeit eines funktionierenden Risikopräventionssystems für vorleistende (Kredit-)Unternehmen.

3. Privacy by design and by default, Art. 23 DS-GVO[TRILOG]

In Art. 23 DS-GVO[TRILOG] führt der europäische Gesetzgeber die Pflicht zum Datenschutz durch Technik und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen ein. Der für die Verarbeitung Verantwortliche ist verpflichtet, angemessene technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um die Einhaltung der Datenschutzgrundsätze, insbesondere der Datenminimierung und der sonstigen Anforderungen der Verordnung sicherzustellen, Art. 23 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Als ein Beispiel wird die Pseudonymisierung genannt. Außerdem sind Voreinstellungen so zu treffen, dass nur Daten verarbeitet werden, die für die Erfüllung des Verarbeitungszwecks erforderlich sind, Art. 23 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG]. Wirtschaftsauskunfteien und (Kredit-)Unternehmen kön-

nen sich zukünftig hinsichtlich der Einhaltung dieser und anderer Vorgaben aus der Verordnung gemäß Art. 39 DS-GVO[TRILOG] zertifizieren lassen. Eine Zertifizierung ist dann ein Indiz für die Einhaltung der Pflicht zu Privacy by design and by default, Art. 23 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG].

4. Pflichten bei gemeinsamer Verantwortlichkeit, Art. 24 DS-GVO[TRILOG]

Je nach Sachverhaltsausgestaltung nehmen (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien die Datenverarbeitung gemeinsam oder alleine wahr. Von einer gemeinsamen Verarbeitung ist auszugehen, wenn die (Kredit-)Unternehmen den Auskunfteien individuelle Vorgaben zur Berechnung der Scorewerte machen. Wirtschaftsauskunfteien und (Kredit-)Unternehmen sind dann gemäß Art. 24 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] verpflichtet zu regeln, wer welche Aufgaben wahrnimmt. Die betroffene Person kann ihre Rechte gegenüber jedem der beiden Verantwortlichen geltend machen, Art. 23 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG].

5. Dokumentationspflicht, Art. 28 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]

Der für die Verarbeitung Verantwortliche ist verpflichtet, ein Verzeichnis über alle Verarbeitungstätigkeiten zu führen. Neben notwendigen Angaben zum Verantwortlichen und den Zwecken der Verarbeitung sind hierin etwa auch die Kategorien betroffener Personen und personenbezogener Daten sowie – im Fall der Übermittlung – der Empfänger zu beschreiben, Art. 28 Abs. 1 lit. a bis e DS-GVO[TRILOG].

6. Sicherheitsmaßnahmen, Art. 30 DS-GVO[TRILOG]

Die Vorschrift des Art. 30 DS-GVO[TRILOG] verpflichtet den für die Verarbeitung Verantwortlichen zu Maßnahmen der Datensicherung. Die Vorschrift enthält eine Reihe von möglichen Maßnahmen. Auch hier ist eine Zertifizierung nach Art. 39 DS-GVO[TRILOG] als Indiz für die Einhaltung der Vorgaben zu betrachten.

7. Datenschutzfolgeabschätzung, Art. 33 DS-GVO[TRILOG]

Bringt eine Datenverarbeitung ein besonders hohes Risiko für die Rechte und Interessen der betroffenen Person mit sich, ist im Vorfeld eine Abschätzung der Folgen der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge für den Schutz personenbezogener Daten vorzunehmen, Art. 33 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Im BDSG bestand die Pflicht zur sog. Vorabkontrolle in den Fällen des § 4d Abs. 5 BDSG.[1280] Die DS-GVO[TRILOG] lässt die Ausnahmen, die das BDSG hierzu vorsah, entfallen und führt in Art. 33 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG] Fälle auf, in denen zwingend eine Datenschutzfolgeabschätzung durchzuführen ist. Beim Scoring sind Wirtschaftsauskunfteien und (Kredit-)Unternehmen hierzu unter Geltung der Verordnung jedenfalls verpflichtet, wenn der Scorewert die Grundlage einer automatisierten Einzelentscheidung ist. Dies ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 lit. a DS-GVO[TRILOG]. Je nach Ausgang der Folgenabschätzung ergibt sich gemäß Art. 34 DS-GVO[TRILOG] die Pflicht zur Konsultation der Aufsichtsbehörde, die als ultima ratio die Verarbeitung untersagen kann.[1281]

8. Betrieblicher Datenschutzbeauftragter, Art. 35 DS-GVO[TRILOG]

Die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten ist in drei in Art. 35 Abs. 1 lit. a bis c DS-GVO[TRILOG] aufgeführten Fällen für den Verantwortlichen verpflichtend. Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten weitergehende Pflichten zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten regeln, Art. 35 Abs. 4 DS-GVO[TRILOG]. Im Übrigen ist die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten freiwillig. Für Wirtschaftsauskunfteien ergibt sich die Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten bereits aus Art. 35 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG]. Für (Kredit-)Unternehmen ist diese Pflicht anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Für Konzerne genügt die Bestellung eines Konzerndatenschutzbeauftragten, Art. 35 Abs. 2 DS-GVO[TRILOG]. Dies war in Deutschland bisher nicht ausreichend.[1282]

[1280] *Gierschmann*, ZD 2016, 51 (53).

[1281] *Gierschmann*, ZD 2016, 51 (53).

[1282] *Gierschmann*, ZD 2016, 51 (52).

II. Informations- und Meldepflichten

1. Meldung von Datenschutzverstößen, Art. 31, 32 DS-GVO[TRILOG]

Den für die Verarbeitung Verantwortlichen trifft im Fall von Datenschutzverstößen („personal data breach“) eine Meldepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde, Art. 31 DS-GVO[TRILOG], und bei einem hohen Risiko der Verletzung ihrer persönlichen Rechte und Freiheiten auch gegenüber der betroffenen Person, Art. 32 DS-GVO[TRILOG]. Ein Datenschutzverstoß ist gemäß Art. 4 Abs. 9 DS-GVO[TRILOG] eine Verletzung der Sicherheit, die zur Vernichtung, zum Verlust oder zur Veränderung, ob unbeabsichtigt oder widerrechtlich, oder zur unbefugten Weitergabe von bzw. zum unbefugten Zugang zu personenbezogenen Daten führt, die verarbeitet werden. Die Pflicht zur Meldung an die betroffene Person entfällt bereits, wenn kein hohes Risiko der Verletzung ihrer persönlichen Rechte und Freiheiten besteht, Art. 32 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Gegenüber der Aufsichtsbehörde entfällt die Meldepflicht nur, wenn der Datenschutzverstoß voraussichtlich gar kein Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person auslöst.

2. Erhebung bei der betroffenen Person, Art. 14 DS-GVO[TRILOG]

Die Vorschrift des Art. 14 DS-GVO[TRILOG] legt umfangreiche Informationspflichten des Verantwortlichen gegenüber der betroffenen Person fest, für den Fall, dass personenbezogene Daten bei der betroffenen Person erhoben werden. Diese Verpflichtungen korrespondieren mit der Informationspflicht gemäß Art. 14a DS-GVO[TRILOG], die eingreift, wenn Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden. Beim externen Scoring trifft die Informationspflicht aus Art. 14 DS-GVO[TRILOG] (Kredit-)Unternehmen, da diese personenbezogene Daten direkt bei der betroffenen Person erheben. Der Umfang der Informationspflicht ist deutlich größer als bisher nach § 4 Abs. 3 BDSG. So ist die betroffene Person neben der Identität und den Kontaktdaten des Verantwortlichen und dessen Datenschutzbeauftragtem etwa auch über die Rechtsgrundlagen der Verarbeitung, bei einer Verarbeitung aufgrund von Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] über die berechtigten Interessen und bei

Übermittlung der Daten über die Empfänger oder Kategorien von Empfängern zu informieren, Art. 14 Abs. 1 lit. a bis d DS-GVO[TRILOG]. Da eine Information über die Kategorien von Empfängern ausreicht, sind (Kredit-)Unternehmen nicht verpflichtet, betroffenen Personen die Wirtschaftsauskunftei, mit der sie konkret zusammenarbeiten, zu nennen. Eine Information über die Übermittlung an Wirtschaftsauskunfteien genügt. Darüber hinaus fordert Art. 14 Abs. 1a lit. a bis h DS-GVO[TRILOG] die Mitteilung weiterer Informationen. Im Einzelnen sind hier zu nennen Informationen über die Dauer der Speicherung bzw. über die Kriterien, nach denen sich diese bestimmt, über die Betroffenenrechte (Auskunft, Löschung, Berichtigung, Einschränkung der Verarbeitung, Widerspruch, Datenübertragbarkeit) sowie bei einer Verarbeitung aufgrund Einwilligung über die Widerrufsmöglichkeit und die Widerrufsfolgen, Art. 14 Abs. 1a lit. a bis ea DS-GVO[TRILOG]. Außerdem ist die betroffene Person über das ihr zustehende Beschwerderecht gegenüber einer Aufsichtsbehörde, gesetzliche und vertragliche Pflichten zur Bereitstellung personenbezogener Daten und ihre Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung sowie bei automatisierten Einzelentscheidungen aussagekräftig über die verwendete Logik, die Bedeutung und die angestrebten Auswirkungen dieser Verarbeitung zu informieren, Art. 14 Abs. 1a lit. f bis h DS-GVO[TRILOG]. Letzteres erfordert beim Scoring die Mitteilung darüber, dass ein schlechter Scorewert zur Ablehnung eines Vertragsschlusses oder zur Leistungsgewährung unter schlechteren Konditionen führen kann. Die Information über die Betroffenenrechte ist sinnvoll. Sie ist auch Teil der mit dieser Arbeit vorgeschlagenen Informationspflicht gegenüber Verbrauchern in einem neu einzufügenden *§ 312l BGB*. Die Regelung im Datenschutzrecht ist dogmatisch zweifelhaft. Nach Art. 14 Abs. 1b DS-GVO[TRILOG] sind der betroffenen Person ferner bei einer Weiterverarbeitung ihrer Daten zu anderen Zwecken umfassende Informationen hierüber zur Verfügung zu stellen. Schließlich entfallen die genannten Informationspflichten, wenn die betroffene Person bereits über die Informationen verfügt, Art. 14 Abs. 5 DS-GVO[TRILOG]. Ein allgemeines Problem, das die Fülle an Informationspflichten aufwirft, ist, dass die bewusste Kenntnisnahme und Erfassung der Bedeutung der Informationen seitens der betroffenen Person zweifelhaft wird. Beim Scoring wird diese Gefahr dadurch erhöht, dass in vielen Fällen sowohl die (Kredit-)Unternehmen als auch die Wirtschaftsauskunfteien nach Art. 14a DS-GVO[TRILOG] zur umfassenden Information der betroffenen Person verpflichtet sein werden. Es ist daher zu befürchten, dass ein Mehr an

Informationen die betroffenen Personen nicht automatisch zur verstärkten Wahrnehmung ihrer Rechte führt.

a) Die zum Scoring verwendete Logik, Art. 14 Abs. 1a lit. h DS-GVO[TRILOG]

Für das externe Scoring wirft vor allem Art. 14 Abs. 1a lit. h DS-GVO[TRILOG] Fragen auf. Die Vorschrift verlangt bei automatisierten Einzelentscheidungen eine aussagekräftige Information über die verwendete Logik („the logic involved"), die Bedeutung und die angestrebten Auswirkungen dieser Verarbeitung. Zu klären ist, wie weit die Pflicht zur Aufklärung der verwendeten Logik geht, insbesondere ob hierunter eine Offenbarung der Scoreformel zu verstehen ist.
Der BGH hatte im Rahmen einer Entscheidung über den Umfang des Auskunftsanspruchs gemäß § 34 Abs. 4 BDSG ein umfassendes Geheimhaltungsinteresse der Wirtschaftsauskunfteien bezüglich der Scoreformel anerkannt.[1283] Die Scoreformel sei als Geschäftsgeheimnis nicht zu offenbaren und beinhalte auch die im ersten Schritt in die Scoreformel eingeflossenen allgemeinen Rechengrößen, wie etwa die herangezogenen statistischen Werte, die Gewichtung einzelner Berechnungselemente bei der Ermittlung des Wahrscheinlichkeitswerts und die Bildung etwaiger Vergleichsgruppen als Grundlage der Scorekarten.[1284] Der BGH lässt daher für die Auskunft über das Zustandekommen eines Scorewertes eine allgemeine Beschreibung des Zustandekommens genügen.[1285] An dieser Entscheidung wurde viel Kritik geübt, insbesondere wurde die Offenbarung der Gewichtungen der Merkmale sowie der Vergleichsgruppen gefordert, die nach Ansicht der Kritiker nicht unter das Geschäftsgeheimnis fallen.[1286] Die Information über die verwendete Logik, wie Art. 14 Abs. 1 lit. h DS-GVO[TRILOG] sie nun fordert, geht schon rein sprachlich über eine allgemeine Beschreibung des Zustandekommens hinaus. Im Duden wird Logik unter anderem definiert als „Lehre vom folgerichtigen Denken, vom Schließen

---

[1283] BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308), Rn. 27.

[1284] BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308), Rn. 27.

[1285] BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (308), Rn. 25; *Gürtler/Kriese*, RDV 2010, 47 (54).

[1286] Etwa *Dix*, in: Simitis, § 34, Rn. 33; *Schade/Wolff*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 309 (311).

aufgrund gegebener Aussagen“.[1287] Auch der BGH hat in der zitierten Entscheidung angedeutet, dass der Umfang des Auskunftsanspruchs bei automatisierten Einzelentscheidungen weiter sein könnte.[1288] Er bezog sich dabei auf die europäische Datenschutzrichtlinie, die in Art. 12 lit. a 3. Spiegelstrich eine Auskunft auch über den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung fordert.[1289] Die Bedeutung des Wortes „Logik“ und die besondere Beeinträchtigung der Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person im Falle automatisierter Einzelentscheidungen sprechen dafür, dass sich die Informationspflicht des Art. 14 Abs. 1a lit. h DS-GVO[TRILOG] auch auf die Gewichtung der Merkmale in der Scorewertberechnung und die verwendeten Vergleichsgruppen bezieht.

b) Möglichkeit der Information für (Kredit-)Unternehmen

Praktisch stellt sich die Anschlussfrage, wie (Kredit-)Unternehmen beim externen Scoring Informationen über die Gewichtung der Merkmale und die Vergleichsgruppen der Scorewertberechnung erteilen sollen. Schließlich wird die Scorewertberechnung nicht – wie beim internen Scoring – von ihnen selbst, sondern von externen Wirtschaftsauskunfteien durchgeführt. Die (Kredit-) Unternehmen verfügen dann schlichtweg selbst nicht über die nötigen Informationen. In den Fällen, in denen (Kredit-)Unternehmen den Wirtschaftsauskunfteien individuelle Vorgaben für die Scorewertberechnung machen und daher eine gemeinsame Verarbeitung i. S. d Art. 24 DS-GVO[TRILOG] vorliegt, müssen diese ohnehin festlegen, wer welche Aufgaben wahrnimmt, Art. 24 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Die Wirtschaftsauskunfteien müssen den (Kredit-) Unternehmen daher ggf. die Angaben zur verwendeten Logik aushändigen. Der von Art. 14 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] für die Information festgelegte Zeitpunkt der Erhebung führt zwangsläufig dazu, dass Wirtschaftsauskunfteien die geforderten Informationen bereits vor der konkreten Scorewertberechnung zur Verfügung stellen müssen. Es kann sich daher nur um allgemeine Informationen zur Gewichtung der Merkmale und zu den Vergleichsgruppen bei bestimm-

[1287] Munzinger Online/Duden, Deutsches Universalwörterbuch, http://www.munzinger.de/search/document?index=duden-d0&id=D000002667&type=text/html&query.key=V0nEIEeJ&template=/publikationen/duden/document.jsp#D00000100679 (zuletzt abgerufen am 3.3.2016).

[1288] BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (309), Rn. 34.

[1289] BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (309), Rn. 34.

ten Branchenscores handeln. Eine regelmäßige Aktualisierung der Informationen ist angezeigt. Die Verordnung gibt keine Hinweise darauf, ob (Kredit-) Unternehmen die entsprechenden Informationen bei den Wirtschaftsauskunfteien auch einholen müssen, wenn keine gemeinsame Verantwortlichkeit i. S. d. Art. 24 DS-GVO[TRILOG] vorliegt. Dafür spricht, dass eine Information der betroffenen Person nach Art. 14 Abs. 1a lit. h DS-GVO[TRILOG] sonst nicht möglich ist. Außerdem besteht für (Kredit-)Unternehmen, die rechtlich relevante Entscheidungen vollständig automatisiert anhand extern eingeholter Scorewerte treffen, die Verantwortung zum Schutz der Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person. Die Informationspflicht ist ein wichtiges Schutzinstrument. Die (Kredit-)Unternehmen können daher nicht darauf verweisen, dass die Information in den Fällen des Art. 14a Abs. 2 lit. h DS-GVO[TRILOG] bereits von den Wirtschaftsauskunfteien wahrgenommen wird. Sie sind in der Pflicht, sich bei den Wirtschaftsauskunfteien alle Angaben zu beschaffen, die für die Erfüllung der Informationspflicht erforderlich sind.

3. Erhebung nicht bei der betroffenen Person, Art. 14a DS-GVO[TRILOG]

In Art. 14a DS-GVO[TRILOG] sind die Informationspflichten des Verantwortlichen für den Fall geregelt, dass personenbezogene Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden. Beim Scoring greift diese Pflicht für Wirtschaftsauskunfteien ein, die bonitätsrelevante Daten etwa von ihren Vertragspartnern und aus anderen Quellen wie dem Internet, Registern und Verzeichnissen erheben. Aber auch (Kredit-)Unternehmen treffen die Informationspflichten, wenn diese zusätzlich zu den bei der betroffenen Person erhobenen Daten auch Daten aus anderen Quellen erheben. Die Informationspflichten des Art. 14a Abs. 1, 2 und 3a DS-GVO[TRILOG] sind in den meisten Punkten identisch mit den Pflichten nach Art. 14 Abs. 1, 1a und 1b DS-GVO[TRILOG]. Hinzukommt die Pflicht zur Information über die Kategorien personenbezogener Daten, die verarbeitet werden, Art. 14a Abs. 1 lit. ba DS-GVO[TRILOG], und darüber, aus welchen Quellen die Daten stammen, insbesondere ob sie aus allgemein zugänglichen Quellen stammen, Art. 14a Abs. 2 lit. g DS-GVO[TRILOG]. In Art. 14a Abs. 3 DS-GVO[TRILOG] ist Näheres zum Zeitpunkt der Informationspflicht geregelt. Schließlich regelt Art. 14a Abs. 4 DS-GVO[TRILOG] Ausnahmen von den Informationspflichten. Solange der deutsche Gesetzgeber oder die

Union keine speziellen Informationsregelungen für das Scoring trifft, Art. 14 Abs. 4 lit. c DS-GVO[TRILOG], kommt hierfür nur die Ausnahmevorschrift des Art. 14a Abs. 4 lit. DS-GVO[TRILOG], wenn die betroffene Person bereits über die Informationen verfügt.
Im Hinblick auf die bereits geäußerte Kritik an den Informationspflichten ist zu ergänzen, dass die betroffene Person beim externen Scoring in allen Fällen, in denen keine gemeinsame Verantwortlichkeit der (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien besteht, viele Informationen doppelt erhalten wird. Eine solche Informationsflut erschwert die Aufklärung der betroffenen Person über die Umstände der Datenverarbeitung und die ihr zur Verfügung stehenden Rechte unnötig. Der deutsche Gesetzgeber sollte hier korrigierend tätig werden und für das externe Scoring eine Informationspflicht durch (Kredit-)Unternehmen einführen, die gleichzeitig alle Angaben zur Rechtewahrnehmung gegenüber Wirtschaftsauskunfteien enthält. Dafür könnte die von dieser Arbeit vorgeschlagene Informationspflicht als Vorbild herangezogen und um weitere Aspekte aus der Verordnung ergänzt werden.

III. Löschungspflicht

Die Pflicht zur Löschung personenbezogener Daten ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG], der gleichzeitig den Anspruch der betroffenen Person auf Löschung ihrer Daten regelt. Ebenso wie das BDSG sieht auch die DS-GVO[TRILOG] keine Speicherhöchstfristen für personenbezogene Daten vor. Die Löschungspflicht ist daher einzelfallbezogen zu prüfen. Eine Befreiung von der Löschungspflicht gemäß Art. 17 Abs. 3 DS-GVO[TRILOG] kommt für (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien nur in Betracht, wenn die Scorewertberechnung zur Bonitätsprüfung als im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe anerkannt wird, lit. b, oder, wenn die Daten zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich sind, lit. e. Personenbezogene Daten sind gemäß Art. 17 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] in den folgenden Fällen zu löschen:

- Sie für den Zweck, zu dem sie erhoben oder in sonstiger Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind, Art. 17 Abs. 1 lit. a DS-GVO[TRILOG].

Für (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien besteht damit die Pflicht zur Löschung, sobald die Daten nicht mehr für die bei der Erhebung oder der sonstigen Verarbeitung festgelegten Zwecke benötigt werden. An dieser Stelle wird deutlich wie wichtig es ist, dass der Verarbeitungszweck nicht auf eine konkrete Bonitätsprüfung beschränkt wird, sondern die Verarbeitung der Daten zum Zwecke der Bonitätsauskünfte durch Wirtschaftsauskunfteien umfasst. Die Löschungspflicht ist für Wirtschaftsauskunfteien deutlich strenger als nach dem BDSG, das die Prüfung der Erforderlichkeit der weiteren Speicherung von Merkmalen nur alle drei bzw. vier Jahre vorsieht, § 35 Abs. 2 Nr. 4 BDSG. Die Einhaltung der Löschungsfristen bedeutet für Wirtschaftsauskunfteien daher einen erheblichen Mehraufwand. Die Aktualität der Daten wird dadurch allerdings gefördert und somit auch die Aussagekraft der Scorewerte. Außerdem liegt es nahe, dass für die regelmäßige Löschungsprüfung eine Software programmiert und eingesetzt werden kann, sodass der Kosten- und Verwaltungsaufwand für die Auskunfteien in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen steht.

- Die betroffene Person ihre Einwilligung, auf der die Verarbeitung beruht, widerruft, Art. 17 Abs. 1 lit. b DS-GVO[TRILOG] und keine andere Rechtsgrundlage eingreift.

Die Datenverarbeitungen beim Scoring werden in aller Regel nicht auf die Einwilligung der betroffenen Person gestützt werden, da dies für (Kredit-) Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien erhebliche Rechtsunsicherheit bedeuten würde.

- Die betroffene Person gemäß Art. 19 DS-GVO[TRILOG] wirksam Widerspruch gegen die Verarbeitung einlegt, Art. 17 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG].
- Die Daten unrechtmäßig verarbeitet wurden, Art. 17 Abs. 1 lit. d DS-GVO[TRILOG].

Das ist der Fall, wenn keiner der Legitimierungsgründe des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] (mehr) einschlägig ist.

- Eine Pflicht zur Löschung nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten besteht, Art. 17 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG].

Der deutsche Gesetzgeber kann somit auch eigene Löschungspflichten normieren.

- Die Daten nach Art. 8 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] erhoben wurden, Art. 17 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG].

IV. Mitteilungspflicht, Art. 17b DS-GVO[TRILOG]

Im Falle der Löschung, Berichtigung oder Einschränkung der Verarbeitung ist der für die Verarbeitung Verantwortliche verpflichtet, die Empfänger der Daten über diese Änderungen zu informieren, sofern dies nicht unmöglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist. Wenn die betroffene Person es verlangt, ist auch sie vom Verantwortlichen über die Empfänger zu informieren. Eine Information über die Kategorien von Empfängern reicht nicht aus.

V. Sanktionen

Es ist zu beachten, dass Art. 79 DS-GVO[TRILOG] Sanktionen für Verstöße gegen die Verordnung vorsieht, die weit über die Bußgeldvorschriften des BDSG hinausgehen. Abhängig von der verletzten Vorschrift können die Aufsichtsbehörden Geldbußen in Höhe von bis zu 10 Millionen Euro oder 2% des jährlich weltweit erwirtschafteten Gesamtumsatzes bzw. von bis zu 20 Millionen Euro oder 4% des Gesamtumsatzes verhängen, Art. 79 Abs. 3, 3a DS-GVO[TRILOG]. Das BDSG sieht Bußgelder von höchstens 300 000 Euro vor, § 43 Abs. 3 BDSG.

D. Betroffenenrechte

Die DS-GVO[TRILOG] räumt der betroffenen Person umfangreiche Rechte gegen den für die Verarbeitung Verantwortlichen ein. Die Betroffenenrechte sind vor allem im Zusammenhang mit den Informationspflichten für den Verantwortlichen zu sehen. Für das Scoring greifen nach der DS-GVO[TRILOG] die Betroffenenrechte ein, die bereits nach dem BDSG und UKlaG bestehen. Neu hinzu kommen das Recht auf Datenübertragbarkeit gemäß Art. 18 DS-GVO[TRILOG] und das Recht auf Vergessenwerden („right to be forgotten“)

gemäß Art. 17 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG]. Diese neuen Betroffenenrechte sind auf die Rechtewahrnehmung gegenüber Diensteanbietern im Internet zugeschnitten.[1290] Für das Scoring sind sie derzeit nicht von Bedeutung. Diese Untersuchung beschränkt sich daher auf die wichtigsten der übrigen Betroffenenrechte.

I. Löschungsanspruch, Art. 17 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]

Der Löschungsanspruch der betroffenen Person gegen (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien besteht in genau den Fällen, in denen für diese auch eine Löschungspflicht besteht. Es wird daher auf die obigen Ausführungen zur Löschungspflicht verwiesen.

II. Berichtigungsanspruch, Art. 16 DS-GVO[TRILOG]

Gemäß Art. 16 DS-GVO[TRILOG] hat die betroffene Person das Recht, die Berichtigung sie betreffender unzutreffender Daten von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen zu verlangen. Die Berichtigung hat ohne unangemessene Verzögerung zu erfolgen. Außerdem kann die betroffene Person auch die Vervollständigung von im Hinblick auf den Zweck unvollständigen personenbezogenen Daten fordern. Letzteres ist im BDSG nicht ausdrücklich geregelt. Der Berichtigungsanspruch ist elementar für die Vermeidung unrichtiger und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte.

III. Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, Art. 17a DS-GVO[TRILOG]

Das Recht der betroffenen Person auf Einschränkung der Verarbeitung gemäß Art. 17a DS-GVO[TRILOG] ist der Sperrungsanspruch der Verordnung. Die Geltendmachung des Rechts führt gemäß Art. 17a Abs. 2 DS-GVO[TRILOG] dazu, dass die betroffenen Daten nur noch gespeichert und ansonsten nicht mehr verarbeitet werden dürfen, außer mit Einwilligung der betroffenen Person oder zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen oder zum Schutz der Rechte einer anderen natürlichen oder juristischen Person

[1290] *Gierschmann*, ZD 2016, 51 (54).

oder aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaats. Wenn die Einschränkung aufgehoben wird, ist die betroffene Person hierüber zu informieren. Die Voraussetzungen des Einschränkungsanspruchs sind in Art. 17a Abs. 1 lit a bis c DS-GVO[TRILOG] dargelegt. In den Fällen des Art. 17a Abs. 1 lit. a und c DS-GVO[TRILOG], in denen die betroffene Person die Richtigkeit der personenbezogenen Daten bestreitet oder Widerspruch gegen die Verarbeitung einlegt, dient das Recht dem für die Verarbeitung Verantwortlichen zum Zeitgewinn für die Prüfung des Vorgetragenen. In den Fällen des Art. 17a Abs. 1 lit. ab und b DS-GVO[TRILOG] dient das Recht der betroffenen Person, wenn sie trotz Löschungspflicht aus eigenen Interessen eine Löschung ablehnt.

IV. Auskunftsanspruch, Art. 15 DS-GVO[TRILOG]

Der Auskunftsanspruch der betroffenen Person nach Art. 15 DS-GVO[TRILOG] verschafft ihr das Recht, Auskunft zu erhalten darüber, ob personenbezogene Daten über sie verarbeitet werden und wenn ja, um welche Daten es sich handelt. Dies ist als Anspruch auf Auskunft über die verarbeiteten Einzeldaten zu verstehen. Außerdem umfasst der Auskunftsanspruch weitere Informationen, Art. 15 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Dabei handelt es sich sind im Wesentlichen um die gleichen Informationen, über die die betroffene Person bereits gemäß Art. 14 und 14a DS-GVO[TRILOG] zu informieren ist. Für nicht bei der betroffenen Person erhobene Daten kommt noch die Pflicht zur Information über deren Herkunft hinzu, Art. 15 Abs. 1 lit. g DS-GVO[TRILOG]. Es stellt sich die Frage, ob eine wiederholte Information der betroffenen Person im Rahmen des Auskunftsanspruchs zu deren Aufklärung beiträgt. Dies ist jedoch anzunehmen, da der Auskunftsanspruch auf Initiative der betroffenen Person geltend gemacht wird. Ihre Aufmerksamkeit hinsichtlich der übermittelten Informationen wird daher erhöht sein.

1. Umfang des Auskunftsanspruchs hinsichtlich Scoreformel

Hervorzuheben ist, dass der Umfang des Auskunftsanspruchs im Hinblick auf die Offenbarung der Scoreformel durch Art. 15 Abs. 1 lit. h DS-GVO[TRILOG] nur für die Fälle, in denen ein Scorewert die Grundlage einer automatisierten Einzelentscheidung ist, zwingend ausgeweitet wird. Wirtschaftsauskunfteien

und (Kredit-)Unternehmen müssen dann eine aussagekräftige Auskunft erteilen über die verwendete Logik sowie die Bedeutung und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person. Nach der bereits durchgeführten Abwägung sprechen die Bedeutung des Wortes Logik und die besondere Beeinträchtigung der Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person bei automatisierten Einzelentscheidungen dafür, dass die Auskunft über die verwendete Logik auch die Gewichtung der Merkmale in der Scorewertberechnung und die verwendeten Vergleichsgruppen umfasst. Im Rahmen der Auskunft sind diese Angaben in Bezug auf die konkret berechneten Scorewerte zu erteilen. Unter Geltung des BDSG herrscht seit einer Entscheidung des BGH[1291] aus dem Jahr 2014 Unklarheit über den Umfang des Auskunftsanspruchs bei auf Scoring basierenden automatisierten Einzelentscheidungen. Diese Unklarheit beseitigt die Verordnung.

2. Entgeltlichkeit und Form des Auskunftsanspruchs, Art. 15 Abs. 1b DS-GVO[TRILOG]

Nach Art. 15 Abs. 1b DS-GVO[TRILOG] ist der Verantwortliche nur dazu verpflichtet, eine Kopie der Daten bereitzustellen, und kann für weitere Kopien ein angemessenes Entgelt verlangen. Außerdem ist die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs in elektronischer Form möglich und darf dann auch auf diesem Wege erfüllt werden. Diese Neuerung ist im Hinblick auf die Erleichterung für die betroffene Person zu begrüßen.

3. Häufigkeit des Auskunftsanspruchs

Zur Häufigkeit des kostenlosen Auskunftsanspruchs enthält Art. 15 DS-GVO[TRILOG] keine Regelung. Der Auskunftsanspruch kann daher jederzeit geltend gemacht werden, solange kein Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB vorliegt. Dies ist im Hinblick auf das Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien kritikwürdig. Betroffene Personen könnten kostenlose Selbstauskünfte einholen, um diese (Kredit-)Unternehmen, mit denen sie Verträge abschließen möchten, zur Verfügung zur stellen. Der Auskunftsanspruch verlangt zwar nicht – wie das BDSG in § 34 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 2 BDSG – ausdrücklich die

[1291] BGH, Urt. v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, ZD 2014, 306 (309), Rn. 34.

Auskunft über Wahrscheinlichkeitswerte (Scorewerte). Da es sich bei Scorewerten jedoch um personenbezogene Daten handelt, sind diese ohnehin von der Auskunftspflicht des Art. 15 DS-GVO[TRILOG] erfasst. Die Gesamtwirtschaft und insbesondere die Kunden profitieren von zuverlässigen Scorewerten. An der Erhaltung des Geschäftsmodells der Auskunfteien besteht daher ein öffentliches Interesse.
Der deutsche Gesetzgeber ist angehalten, über die Öffnungsklausel des Art. 21 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] Beschränkungen des Auskunftsanspruchs gegenüber Wirtschaftsauskunfteien zu normieren. Als zulässiges Schutzziel zum Erlass entsprechender Regelungen kann der Schutz wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses, Art. 21 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG], herangezogen werden. Vorzugswürdig ist eine Regelung, wonach die Auskunft ein oder zweimal jährlich kostenlos eingeholt werden kann und zusätzlich, wie von dieser Arbeit vorgeschlagen, eine aktive Auskunftspflicht der Auskunfteien besteht, wenn Löschungs-, Berichtigungs- oder Einschränkungsansprüche durch die betroffene Person geltend gemacht wurden und die Wirtschaftsauskunfteien hierüber entschieden haben.

V. Widerspruchsrecht, Art. 19 DS-GVO[TRILOG]

Mit dem Widerspruchsrecht gemäß Art. 19 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] kann die betroffene Person im Einzelfall unterbinden, dass ihre personenbezogenen Daten aufgrund des Art. 6 Abs. 1 lit. oder f DS-GVO[TRILOG] verarbeitet werden. Die betroffene Person kann durch die Geltendmachung des Widerspruchrechts daher auch die Verarbeitung ihrer Daten für das Scoring zur Bonitätsprüfung verhindern. Voraussetzung hierfür ist gemäß Art. 19 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] das Vorliegen von Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben. Genauere Anforderungen an solche Gründe legt die Verordnung nicht fest. Nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 DS-GVO[TRILOG] ist eine Verarbeitung nach Geltendmachung eines Widerspruchs durch die betroffene Person nur möglich, wenn zwingende berechtigte Gründe des Verantwortlichen überwiegen oder die Verarbeitung der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen dient. Damit ist die durchzuführende Abwägung aus der Sicht des Verantwortlichen strenger als beim Widerspruchsrecht nach § 35 Abs. 5 BDSG, das für den Erfolg des Widerspruchs das Überwiegen der Betroffeneninteressen fordert. Die Verordnung verpflichtet ferner gemäß

Art. 19 Abs. 2b DS-GVO[TRILOG] dazu, die betroffene Person bei der ersten Kommunikation ausdrücklich auf ihr Widerspruchsrecht aufmerksam zu machen. Dies hat in einer verständlichen und von anderen Informationen getrennten Form zu erfolgen. Die bereits erfolgte Information im Rahmen der Pflichten nach Art. 14 und 14a DS-GVO[TRILOG] reichen daher nicht aus. Für Anbieter im Internet kommt eine Hervorhebung des Widerspruchsrechts im Rahmen der Datenschutzerklärung in Betracht.[1292] In der Praxis wird die Ausübung des Widerspruchsrechts für das Scoring in vielen Fällen dazu führen, dass (Kredit-) Unternehmen einen Vertragsschluss ablehnen oder nur gegen Sicherheitsleistung abschließen werden. Dies ist nach dem zivilrechtlichen Grundsatz der Privatautonomie ihr gutes Recht. Die Richtigkeit und Aussagekraft von Scorewerten wird durch das Widerspruchsrecht nicht gefördert.

VI. Schadensersatzanspruch, Art. 77 DS-GVO[TRILOG]

Gemäß Art. 77 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] gewährt die Verordnung Schadensersatz für materielle und immaterielle Schäden, die die betroffene Person aufgrund einer Verletzung von Vorschriften der Verordnung erlitten hat. Mehrere für die Verarbeitung Verantwortliche haften als Gesamtschuldner, Art. 77 Abs. 4 DS-GVO[TRILOG].

VII. Verbandsklagerecht, Art. 76 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]

Die verbraucherschutzrechtliche Ausrichtung der Verordnung wird auch durch das Verbandsklagerecht gemäß Art. Art. 76 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] deutlich. Der Umfang des Verbandsklagerechts ist größer als der des in Deutschland zum 24.2.2016 in Kraft getretenen „Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts“.[1293] Die betroffene Person kann Verbände bezüglich sämtlicher Verstöße gegen die Verordnung mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragen. Neu ist insbesondere, dass auch Schadensersatzansprüche stellvertretend durch Verbände geltend gemacht werden können.[1294] Voraussetzung hierfür ist,

---

[1292] *Gierschmann*, ZD 2016, 51 (54).

[1293] BT-Drucks. 18/4631, 15.4.2015.

[1294] *Gierschmann*, ZD 2016, 51 (53).

dass dies im Recht des Mitgliedstaates vorgesehen ist, Art. 76 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Die dogmatische Kritik an der Einführung des Verbandsklagerechts gegen Datenschutzverstöße in Deutschland greift gegenüber dem Verbandsklagerecht nach der Verordnung nicht gleichermaßen. Denn das Verbandsklagerecht nach der Verordnung gilt für Datenschutzverstöße gegenüber betroffenen Personen und nicht nur gegenüber Verbrauchern. Indes handelt es sich beim Verbandsklagerecht originär um ein Verbraucherschutzinstrument.[1295] Im Hinblick darauf, dass betroffene Personen das Kostenrisiko eines Gerichtsprozesses scheuen, ist die Ausweitung des Verbandsklagerechts, mithin der Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung für die betroffene Person, zu begrüßen. Wenn Verbände individuelle Rechtsansprüche der betroffenen Personen geltend machen können, ist das Verbandsklagerecht im Rahmen des Scoring auch geeignet, das Auftreten unrichtiger Scorewerte zu verringern und aussagekräftige Scorewerte zu fördern. Was bleibt, ist das Problem der Langwierigkeit gerichtlicher Verfahren und der zwischenzeitlichen Rechtsunsicherheit für die beteiligten Parteien. Die zusätzliche Einführung datenschutzrechtlicher Schlichtungsstellen bei den Aufsichtsbehörden, die diese Arbeit vorschlägt, ist daher zur Beschleunigung der Rechtsdurchsetzung weiterhin geboten.

VIII. Recht zur Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde, Art. 73 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]

Jede betroffene Person hat ferner das Recht, Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde einzureichen, wenn sie der Meinung ist, dass ihre personenbezogenen Daten nicht entsprechend der Vorschriften der Verordnung verarbeitet werden, Art. 73 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Gegen sie betreffende Entscheidungen der Aufsichtsbehörde steht betroffenen Personen nach Art. 74 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] der Rechtsweg offen. Betroffene haben auch unter Geltung des BDSG die Möglichkeit der Beschwerde bei Datenschutzaufsichtsbehörden, dieses Recht ist jedoch nicht gesetzlich geregelt.

[1295] *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, S. 464 ff.

E. Effektivitäts- und Effizienzanalyse

Abschließend stellt sich die Frage, wie effektiv und effizient die Vorschriften der DS-GVO[TRILOG] zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte sind.

I. Effektivität

In Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO[TRILOG] werden für die Verarbeitung Verantwortliche verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass im Hinblick auf ihren Verarbeitungszweck unzutreffende Daten gelöscht oder berichtigt werden. Konkrete Maßnahmen werden nicht aufgegeben. Dennoch muss der Richtigkeitsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO[TRILOG] als Pflicht zur Überprüfung der Datenqualität angesehen werden. Im BDSG fehlt eine solche Prüfungspflicht. Sie ist zwar bereits in der Datenschutzrichtlinie gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. d[1296] vorgesehen, wurde jedoch vom deutschen Gesetzgeber nie umgesetzt.[1297] Die Pflicht zur Gewährleistung der Richtigkeit und Aktualität personenbezogener Daten ist geeignet, das Auftreten unrichtiger Scorewerte zu verringern und gleichzeitig aussagekräftige Scorewerte zu fördern. Eine vollständige Verhinderung unrichtiger Scorewerte kann die Pflicht allein jedoch nicht erreichen. In vielen Fällen ist es dem für die Verarbeitung Verantwortlichen ohne Informationen seiner Vertragspartner oder der betroffenen Person selbst nämlich gar nicht möglich, unrichtige Daten zu erkennen und zu berichtigen oder zu löschen. Die Pflicht nach Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO[TRILOG] wird durch taggenaue Löschungspflichten ergänzt, die gemäß Art. 17 Abs. 1 lit. a DS-GVO[TRILOG] eine Löschung personenbezogener Daten vorsehen, sobald diese zur Zweckerfüllung nicht mehr erforderlich sind. Hierdurch wird die Richtigkeit und Aktualität der bei (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen Daten erheblich gefördert.
Die Erlaubnisnormen der DS-GVO[TRILOG] hingegen stellen nicht effektiv sicher, dass nur richtige und aktuelle Daten erhoben, übermittelt und für die Scorewertberechnung verwendet werden. Die Zulässigkeit der Erhebung hängt allein von der Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] ab, wenn der deutsche Gesetzgeber keine spezifischen Regelungen für das Sco-

---

[1296] RL-EG 95/46/EG, ABl. Nr. L 281/31 v. 23.11.1995, S. 40.

[1297] *Hoeren*, MMR 2016, 8 (9).

ring schafft. Insbesondere für die Einmeldung von Negativdaten sind im Rahmen der Interessenabwägung höhere Anforderungen zu stellen als dies § 28a Abs. 1 BDSG in seiner bisherigen Form vorsieht. Strengere Anforderungen sind, wie von dieser Arbeit vorgeschlagen, insbesondere hinsichtlich nicht bestrittener fälliger Forderungen und beim Vorliegen der Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung zu fordern. Dies stellt die auf Interessenabwägung im Einzelfall ausgerichtete Erlaubnisnorm des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] nicht effektiv sicher. Ebenso mangelt es in der Verordnung an der Regelung von Nachberichtspflichten, wenn sich einmal übermittelte Daten geändert haben. Für die Verhinderung unrichtiger Scorewerte und die Gewährleistung ihrer Aussagekraft sind Nachberichtspflichten unverzichtbar. Auch eine Mindestdatenanzahl oder Verfahrensstandards für das Profiling, mithin das Scoring, legt die Verordnung nicht verbindlich fest, sodass sie willkürlichen Scorewerten nicht effektiv vorbeugt.

Hinsichtlich der Betroffenenrechte ergeben sich durch die Verordnung keine großen Unterschiede zur Rechtslage unter der Geltung des BDSG. Die Betroffenenrechte, insbesondere auf Auskunft, Berichtigung und Löschung sind wichtige Instrumente für die betroffene Person, um aktiv unrichtige Scorewerte zu ihrer Person zu verhindern. Um die Möglichkeit der Geltendmachung dieser Rechte muss die betroffene Person jedoch auch wissen. Die Verordnung sieht hierzu in Art. 14 und 14a DS-GVO[TRILOG] umfassende Informationspflichten vor. Im Hinblick auf die dadurch ausgelöste Informationsflut ist jedoch zu befürchten, dass das Ziel der Aufklärung praktisch nicht erreicht wird. Dies gilt insbesondere für das Scoring, da in vielen Fällen sowohl (Kredit-)Unternehmen als auch Wirtschaftsauskunfteien zur Information gegenüber der betroffenen Person verpflichtet sind.

Die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung der Betroffenenrechte wird durch das Verbandsklagerecht in Art. 76 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] nennenswert erweitert. Allerdings wird dadurch nicht das Problem der Langwierigkeit gerichtlicher Verfahren gelöst.

Schließlich muss die Überprüfung der datenschutzrechtlichen Vorschriften den Aufsichtsbehörden personell gesehen auch möglich sein. Die Verantwortung für die personelle Ausstattung der Behörden liegt nach der Verordnung weiterhin bei den Mitgliedstaaten, Art. 47 Abs. 5 DS-GVO[TRILOG]. Durch die Verordnung erfolgt die dringend erforderliche Aufstockung der personellen und finanziellen Ausstattung der Datenschutzbehörden daher nicht.

Es lässt sich festhalten, dass die Verordnung im Hinblick auf die Verhinderung unrichtiger Scorewerte und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte sowohl Fort- als auch Rückschritte macht im Vergleich zur Rechtslage unter dem BDSG. Insgesamt sind die Vorschriften der Verordnung somit nicht effektiv zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte.

II. Effizienz

1. Effizienz aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien

Durch die vielen neuen und erweiterten Pflichten der für die Verarbeitung Verantwortlichen begründet die Verordnung einen erheblichen Mehraufwand an Kosten, Personal und Verwaltung für (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien. Dennoch sind die Vorschriften der Verordnung aller Voraussicht nach nicht geeignet effektiv, unrichtige Scorewerte zu verhindern und aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten. Aus der Sicht der (Kredit-)Unternehmen ist die Rechtslage nach der Verordnung daher nicht effizient.

2. Effizienz aus der Sicht der betroffenen Person

Aus der Sicht der betroffenen Person schafft die Verordnung im Hinblick auf ihren Aufwand zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte einen effizienteren Regelungsrahmen. Dies begründet sich durch die Verpflichtung zur Überprüfung der Datenqualität für (Kredit-) Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO[TRILOG]. Auch die strengeren Löschungspflichten leisten hierzu einen Beitrag. Allerdings ist die betroffene Person weiterhin angehalten, die ihr zustehenden Rechte auf Auskunft, Berichtigung und Löschung geltend zu machen, um unrichtige Scorewerte zu ihrer Person effektiv zu verhindern. Die Information über die zur Verfügung stehenden Ansprüche ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Bei den umfangreichen Informationspflichten der Verordnung, ist aber praktisch nicht mit einer Kenntnisnahme der durchschnittlichen betroffenen Person zu rechnen. Durch das erweiterte Verbandsklagerecht nach Art. 76

Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] wird eine Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung ohne Kostenrisiko für die betroffene Person geschaffen. Allerdings bleibt das Problem der Langwierigkeit gerichtlicher Verfahren. Insgesamt ist der Regelungsrahmen der DS-GVO[TRILOG] somit auch aus der Sicht der betroffenen Person nicht als effizient anzusehen.

F. Zwischenergebnis zum Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung

Welche Änderungen sich durch die DS-GVO[TRILOG] für die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen im Rahmen des Scoring ergeben, lässt sich nicht abschließend beurteilen, da viele Formulierungen der Verordnung auslegungsbedürftig sind und Öffnungsklauseln dem deutschen Gesetzgeber an einigen Stellen die Möglichkeit zur Schaffung spezifischer oder einschränkender Bestimmungen eröffnen. Zusammenfassend lassen sich dennoch folgende Erkenntnisse festhalten:

I. Einwilligung

Die gesetzlichen Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung ändern sich – abgesehen von dem Verzicht auf die Schriftform in der Verordnung – nicht. Kritikwürdig sind jedoch die Maßstäbe, welche die Verordnung an die Wirksamkeit datenschutzrechtlicher Einwilligungen anlegt. Die Auslegungshilfen für die Bestimmung der Freiwilligkeit datenschutzrechtlicher Einwilligungen in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO[TRILOG] sowie in den Erwägungsgründen 32 und 34 DS-GVO[TRILOG] verfolgen rein verbraucherschutzrechtliche Ziele. In den Fällen, in denen Scoring zum Einsatz kommt, wird regelmäßig ein klares Ungleichgewicht zwischen (Kredit-)Unternehmen und betroffener Person bestehen, das nach Erwägungsgrund 34 DS-GVO[TRILOG] Zweifel an der Freiwilligkeit aufkommen lässt. Die Einwilligung ist daher für (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien beim Scoring keine sichere Rechtsgrundlage. Dies wird praktisch dazu führen, dass sie als Legitimierungsgrundlage nicht genutzt werden wird. Die verbraucherschutzrechtliche Überregulierung der Verordnung führt somit dazu, dass die Einwilligung als das Instrument zur Ausübung der Grundrechte zum Schutz personenbezogener Daten durch die betroffene Person in seiner Funktion vollkommen ausgehöhlt wird.

Durch die Verordnung wird das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person nicht gestärkt, sondern faktisch beschränkt.

II. Erlaubnisnormen

Die Verordnung sieht für Datenverarbeitungen ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vor, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG]. Neben der Einwilligung können Datenverarbeitungen daher auch durch die in Art. 6 Abs. 1 lit. b bis f DS-GVO[TRILOG] geregelten Erlaubnistatbestände legitimiert werden. Für die Datenverarbeitungen durch (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien im Rahmen des Scoring kommen als Erlaubnisnormen vor allem Art. 6 Abs. 1 lit. e und f DS-GVO[TRILOG] in Betracht. Es sprechen gute Gründe dafür, dass es sich beim Scoring zur Bonitätsprüfung um eine Aufgabe handelt, die im öffentlichen Interesse liegt, und Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] somit einschlägig ist. Der deutsche Gesetzgeber sollte sich dieser Sichtweise anschließen und nach Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG] wieder spezielle Rechtsgrundlagen für das Scoring im nationalen Recht schaffen. Ansonsten hängt die Zulässigkeit der Datenverarbeitungen beim Scoring nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] von der Abwägung der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder eines Dritten mit den Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogene Daten erfordern, ab. Stehen sich die Interessen gleichwertig gegenüber, ist die Verarbeitung zulässig, da die Vorschrift für den Ausschluss der Verarbeitung ein Überwiegen der Betroffeneninteressen fordert. Es besteht ein gemeinsames Interesse aller am Scoring beteiligten Akteure an einem funktionierenden Bonitätsauskunftssystem, das richtige und aussagekräftige Scorewerte hervorbringt. Dies spricht dafür, dass alle Datenverarbeitungen, die aktuell zum Zwecke des Scoring durch (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien durchgeführt werden, von dem berechtigten Interesse der (Kredit-)Unternehmen an einem wirksamen Risikomanagement gedeckt sind. Besonders strenge Anforderungen sind an die Interessenabwägung zum Umgang mit Negativdaten zu stellen. Hier ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 BDSG in der von dieser Arbeit vorgeschlagenen Modifikation zu fordern. Für die Erhebung und Verarbeitung allgemein zugänglicher Daten wird die Interessensabwägung zugunsten der Zulässigkeit ausfallen, wenn die Daten einer seriösen Quelle entnommen werden oder die betroffene Person sie offenkundig selbst

öffentlich gemacht hat. Es lässt sich festhalten, dass die Verordnung Datenverarbeitungen für das Scoring nicht verbietet, sie schafft jedoch durch die Interessenabwägung als einzige Zulässigkeitsvoraussetzung insbesondere für die Verarbeitung von Negativdaten und Daten aus allgemein zugänglichen Quellen Rechtsunsicherheiten für Datenverarbeiter ein.

III. Profiling

Unter den Profiling-Begriff der Verordnung, der in Art. 4 Abs. 3aa DS-GVO[TRILOG] legaldefiniert wird, fällt auch das Scoring zum Zwecke der Bonitätsprüfung. Gemäß Art. 20 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] hat jede betroffene Person das Recht nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Die Verordnung statuiert damit kein allgemeines Recht betroffener Personen, nicht gescort zu werden. Es handelt sich vielmehr um das Verbot automatisierter Einzelentscheidungen, welches bereits in § 6a Abs. 1 BDSG geregelt ist. Die Verordnung führt damit ein Verbot aller Entscheidungen ein, die ohne menschliches Einwirken allein aufgrund eines automatisiert berechneten Scorewertes getroffen werden. Dies ist im Online-Versandhandel und bei der Online-Kreditvergabe regelmäßig der Fall. Der deutsche Gesetzgeber ist zum Erhalt dieser kundenfreundlichen Angebote dringend angehalten, nationale Regelungen zu schaffen, wonach die automatisierte Einzelentscheidung ausnahmsweise zugelassen wird, Art. 20 Abs. 1a lit. b DS-GVO[TRILOG]. Diese Regelungen müssen zum Schutz der Rechte und Interessen der betroffenen Person ihr Anspruch auf direktes Eingreifen einer Person auf Seiten des Verantwortlichen und die Möglichkeit der Darlegung des eigenen Standpunktes sowie das Recht auf Anfechtung der Entscheidung einräumen, Erwägungsgrund 58 DS-GVO[TRILOG].

IV. Verfahrensanforderungen an das Scoring

Die Verordnung sieht keine dem § 28b Nr. 1 BDSG vergleichbare Vorschrift vor, die Ansprüche an die Wissenschaftlichkeit von Scoringverfahren stellt. Lediglich Erwägungsgrund 58 DS-GVO[TRILOG], dessen Inhalt jedoch nicht verbindlich ist, sieht vor, dass für das Profiling geeignete mathematische oder

statistische Verfahren verwendet werden sollten. Um willkürlichen Scorewertberechnungen vorzubeugen, ist der deutsche Gesetzgeber angehalten, gesetzliche Regelungen zu schaffen, welche die Wissenschaftlichkeit der Scoringverfahren und damit auch ihre Überprüfbarkeit durch Aufsichtsbehörden sicherstellen. Eine entsprechende Regelung könnte aufgrund der Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG] geschaffen werden, wenn Scoring als im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] eingestuft wird. Die Vorschrift sollte dann auch den Vorschlag dieser Arbeit umsetzen und eine Mindestdatenanzahl für das Scoring festlegen, um willkürliche Scorewerte zu vermeiden.

V. Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen

Die Verordnung sieht umfangreiche Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten vor. Insbesondere die Kataloge an Informationspflichten nach Art. 14 und 14a DS-GVO[TRILOG] sind neu. Sofern Scorewerte als Grundlage ausschließlich automatisierter Verarbeitung genutzt werden, ist nach der Verordnung auch eine Information über die verwendete Logik erforderlich. Darunter ist eine allgemeine Informationen zur Gewichtung der Merkmale und zu den Vergleichsgruppen bei bestimmten Branchenscores zu verstehen. Es ist zu befürchten, dass die mit den umfangreichen Informationspflichten bezweckte Aufklärung der betroffenen Person aufgrund der Informationsflut, die sie erreichen wird, nicht eintritt. Für das Scoring ist daher an der von dieser Arbeit vorgeschlagenen umfassenden Informationspflicht für (Kredit-)Unternehmen in einem neu einzufügenden *§ 312l BGB* festzuhalten. Um den Anforderungen der Verordnung gerecht zu werden, könnte diese um weitere Pflichtangaben erweitert werden. Dem deutschen Gesetzgeber wird das Recht zur Beschränkung der Informationspflichten gemäß Art. 21 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] zum Schutz wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses eingeräumt. Im Hinblick auf die Gewährleistung der Richtigkeit und Aktualität der zur Scorewertberechnung verwendeten Daten ist vor allem die Pflicht gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO[TRILOG] zur Ergreifung von Maßnahmen, die gewährleisten, dass unzutreffende Daten gelöscht oder berichtigt werden, zu begrüßen. Die von dieser Arbeit vorgeschlagenen Stichproben- und Schlüssigkeitsprüfungen sind eine mögliche Maßnahme zur Erfüllung dieser Pflicht. Auch die erweiterten Löschungspflichten sind

geeignet, die Richtigkeit und Aktualität vor allem der bei Wirtschaftsauskunfteien vorhandenen Daten zu fördern.

VI. Betroffenenrechte

Die Betroffenenrechte aus der Verordnung, die im Rahmen des Scoring von Bedeutung sind, sind dieselben wie unter Geltung des BDSG. Teilweise wird der Anspruch durch die Verordnung erweitert. Das ist etwa beim Auskunftsanspruch, beim Widerspruchsrecht und beim Verbandsklagerecht der Fall. Hinsichtlich Scorewerten, die zur automatisierten Einzelentscheidung verwendet werden, bezieht sich der Auskunftsanspruch der betroffenen Person auch auf die verwendete Logik. Die Auskunft über die Gewichtung der Merkmale und die Vergleichsgruppen ist hier in Bezug auf die konkreten zu der betroffenen Person errechneten Scorewerte zu erteilen. Handlungsbedarf des deutschen Gesetzgebers besteht beim Auskunftsrecht dahingehend, dass der Anspruch gegenüber Wirtschaftsauskunfteien auf ein oder zwei kostenlose Auskünfte jährlich zu beschränken ist, um deren Geschäftsmodell nicht zu unterlaufen. Über die Öffnungsklausel des Art. 21 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] können Beschränkungen normiert werden. Vorzugswürdig ist eine Regelung, wonach die Auskunft ein- oder zweimal jährlich kostenlos eingeholt werden kann und zusätzlich, wie von dieser Arbeit vorgeschlagen, eine aktive Auskunftsplicht der Auskunfteien besteht, wenn Löschungs-, Berichtigungs- oder Einschränkungsansprüche durch die betroffene Person geltend gemacht wurden und die Wirtschaftsauskunftei hierüber entschieden hat.

VII. Effektivitäts- und Effizienzanalyse

Trotz einiger positiver Neuerungen ist der durch die Verordnung geschaffene Rechtsrahmen für das Scoring nicht geeignet, effektiv unrichtige Scorewerte zu verhindern und aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten. Aus der Sicht der beteiligten Akteure ist er auch nicht effizient.

6. Teil: Zusammenfassung und Bewertung der Ergebnisse

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass es im deutschen Datenschutzrecht gute Ansätze zur Regelung des externen Scoring gibt, aber auch erhebliche Regelungslücken, die das Auftreten unrichtiger und willkürlicher Scorewerte begünstigen. Durch die Reform des europäischen Datenschutzrechts in Form der Datenschutz-Grundverordnung werden diese Regelungslücken nicht geschlossen. Die Verordnung enthält gute Vorstöße und schafft gleichzeitig neue Rechtsunsicherheiten. Für Neuregelungen kommen je nach gefährdetem Schutzgut das Datenschutzrecht oder das Verbrauchervertragsrecht in Betracht. Diese dogmatisch vorzugswürdige Trennung gibt die europäische Datenschutz-Grundverordnung auf. Mit dem Ergebnis, dass der Grundrechtsschutz des Betroffenen auf Datenschutz nicht verbessert, sondern beeinträchtigt wird. Die abschließenden Vorschläge dieser Arbeit für einen Regelungsrahmen, der das Ziel verfolgt, unrichtige Scorewerte effektiv zu verhindern und aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten, beziehen sich auf die Rechtslage unter der DS-GVO[TRILOG].[1298] Dabei wird ein angemessener Ausgleich zwischen der Effizienz der Vorschläge aus der Sicht der beteiligten Akteure und ihrem Nutzen gesucht.

A. Mangelnde Effektivität und Effizienz des Regelungsrahmens zum Scoring

Im Hinblick auf das Ziel der effektiven und effizienten Verhinderung unrichtiger und der Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte weisen die Regelungsrahmen für das Scoring unter dem KWG und BDSG im deutschen Datenschutzrecht sowie unter der DS-GVO[TRILOG] im europäischen Datenschutzrecht Regelungslücken auf.

[1298] Siehe 4. Teil zu den Reformvorschlägen für das geltende deutsche Datenschutzrecht.

I. Regelungslücken im deutschen Datenschutzrecht

Keine Prüfung der Datenqualität

Es fehlt die Verpflichtung für (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien zur Kontrolle der Qualität der zur Scorewertberechnung verwendeten Daten. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die (Kredit-)Unternehmen oder Wirtschaftsauskunfteien allein nie in der Lage sein werden, alle Daten auf ihre Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit zu prüfen, da ihnen in vielen Fällen die nötigen Informationen fehlen. Um die Qualität der Daten sicherzustellen, ist daher das Zusammenwirken von (Kredit-)Unternehmen, Wirtschaftsauskunfteien und dem Betroffenen zu regeln.

Unzureichende Informationspflichten

Die Informationspflichten nach §§ 4 Abs. 3, 33 Abs. 1 S. 1 und 2 BDSG greifen zu kurz, da der Betroffene nicht erfährt, an welche Wirtschaftsauskunftei/en seine Daten zur Scorewertberechnung übermittelt werden und ihm daher die Geltendmachung seiner Rechte, insbesondere auf Auskunft, Berichtigung und Löschung, erschwert wird.

Reformbedarf spezifischer Vorschriften zum Scoring

Als Einfallstor für die Einmeldung unrichtiger Daten bei Wirtschaftsauskunfteien sind die unzureichenden Übermittlungsvoraussetzungen des § 28a Abs. 1 Nr. 4 und 5 BDSG anzusehen, die das einmeldende (Kredit-)Unternehmen einseitig schaffen kann. Ferner ist die Nachberichtspflicht gemäß § 28a Abs. 3 BDSG auf alle durch (Kredit-)Unternehmen eingemeldeten Daten auszuweiten, da sie elementar ist, um die Richtigkeit und Aktualität der bei Wirtschafsauskunfteien vorhandenen Daten zu gewährleisten. Die Wissenschaftlichkeit des Verfahrens der Scorewertberechnung wird durch § 28b Nr. 1 BDSG gesetzlich verpflichtend festgelegt. Willkürliche Scorewerte, die nur auf ein einziges Datum gestützt werden, verhindert die Vorschrift jedoch nicht. Durch die Festlegung einer Mindestdatenanzahl für das Scoring ist hier nachzubessern. Diese Verfahrensstandards zur Verhinderung unrichtiger und zur Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte sollten auch für gescorte Unternehmen gelten, die nur in Ausnahmefällen dem Datenschutzrecht unterfallen.

Mangelnde Ausstattung der Aufsichtsbehörden

Ein weiteres Problem ist, dass die personelle und finanzielle Ausstattung der Landesdatenschutzbehörden unzureichend ist, um die Einhaltung des Datenschutzrechts in Unternehmen effektiv zu kontrollieren.[1299]

Unzureichende Löschungspflichten

Zur Gewährleistung der Aussagekraft der Scorewerte, ist die Löschung der Daten erforderlich, die für die Bonität einer Person nicht (mehr) von Bedeutung sind. Nur so können bonitätssteigernde oder -senkende Faktoren im Leben des Gescorten bei der Scorewertberechnung angemessen berücksichtigt werden. Die Zeitabstände der Erforderlichkeitsprüfungen zur weiteren Speicherung bonitätsrelevanter Daten durch Wirtschaftsauskunfteien sind mit drei bzw. vier Jahren gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 4 BDSG zu großzügig bemessen, um sicherzustellen, dass nur aktuelle und relevante Daten gespeichert und verwendet werden.

Auskunftsrecht ermöglicht keine Überprüfungen

Der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch ist die Grundvoraussetzung dafür, dass der Betroffene von der Unrichtigkeit und mangelnden Aktualität seiner zur Scorewertberechnung verwendeten Daten Kenntnis erlangt. Nur durch die Einholung der Auskunft erfährt er, ob die Geltendmachung der Ansprüche auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung angezeigt ist. Gegenüber Wirtschaftsauskunfteien kann die Auskunft gemäß § 34 Abs. 8 S. 2 BDSG nur einmal jährlich kostenlos eingeholt werden. Hierdurch soll das Geschäftsmodell der Auskunfteien geschützt werden.[1300] Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn der Betroffene Ansprüche auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung geltend gemacht hat und es ihm erst ein Jahr später kostenlos möglich ist, zu überprüfen, ob seinem Anspruch entsprochen wurde. Dieser Regelungslücke ist mit einer aktiven Auskunftspflicht der Wirtschaftsauskunfteien nach der Entscheidung über geltend gemachte Ansprüche zu begegnen.

Rechtsweg zu kostenintensiv und langwierig

Falls Wirtschaftsauskunfteien den Ansprüchen des Betroffenen nicht entsprechen, steht der Rechtsweg offen. Allerdings sind Gerichtsverfahren oft langwierig und mit einem erheblichen Kostenrisiko verbunden. Es sind daher weitere Möglichkeiten für eine effektive Rechtsdurchsetzung zu schaffen.

[1299] *Ehmann*, ZD 2014, 493 (494); *Hoeren/Lütkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, S. 108.

[1300] Siehe 4. Teil K.

II. Regelungslücken im europäischen Datenschutzrecht

Pflicht zur Prüfung der Datenqualität

Die für die Verarbeitung verantwortlichen (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien sind zur Gewährleistung der Richtigkeit und Aktualität der verarbeiteten personenbezogenen Daten gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO [TRILOG] verpflichtet. Die Wirksamkeit eigener Maßnahmen ist jedoch begrenzt, wenn nur der andere Verantwortliche oder die betroffene Person selbst über die Information verfügt, aus der sich die Unrichtigkeit oder mangelnde Aktualität eines Datums ergibt.

Mangelnde Aufklärung trotz Informationspflichten

Durch die DS-GVO[TRILOG] werden die Informationspflichten gegenüber der betroffenen Person erheblich erweitert. Bei den umfassenden Informationspflichten gemäß Art. 14 und 14a DS-GVO[TRILOG] für (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien ist in der Praxis zu befürchten, dass die betroffene Person diese gar nicht bewusst zur Kenntnis nehmen wird und das Ziel der besseren Aufklärung über ihre Rechte nicht erreicht wird.[1301]

Keine spezifischen Vorschriften zum Scoring

Für die Verarbeitung von Negativdaten, Bankdaten und allgemein zugänglichen Daten legt die DS-GVO[TRILOG] keine speziellen Voraussetzungen fest. Die Zulässigkeit der Verarbeitung hängt allein von der Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO[TRILOG] ab. Dies führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten für die datenverarbeitenden (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien. Auch Nachberichtspflichten sieht die Verordnung nicht vor, sodass nachträgliche Änderungen der einmal an Wirtschaftsauskunfteien übermittelten Daten diesen nicht mitgeteilt werden müssen. Verbindliche Regelungen fehlen außerdem hinsichtlich der Festlegung wissenschaftlicher Verfahrensstandards für die Scorewertberechnung. Diese sind unerlässlich, um die Berechnung willkürlicher Scorewerte effektiv zu verhindern.

Löschungspflichten

Die Löschungspflichten werden durch Art. 17 Abs. 1 lit. a DS-GVO[TRILOG] besonders für Wirtschaftsauskunfteien erheblich erweitert. Erforderlich ist eine taggenaue Löschung von Daten, die für die Zwecke, zu denen sie erhoben oder verarbeitet wurden, nicht mehr erforderlich sind. An dieser Stelle zeigt sich, dass als Verarbeitungszwecke für die zum Scoring verwendeten Daten nicht

---

[1301] Siehe 5. Teil C. II. 2.

nur die Vertragsdurchführung und die konkrete Bonitätsprüfung, sondern auch die Verwendung zu Bonitätsauskünften festzulegen sind. Ansonsten sind die Wirtschaftsauskunfteien nach der konkreten Bonitätsprüfung verpflichtet, die Daten zu löschen. Die strengeren Löschungspflichten sind zu begrüßen, da sie die Aktualität der zur Scorewertberechnung verwendeten Daten und damit die Aussagekraft von Scorewerten fördern. Der dadurch begründete Mehraufwand für Wirtschaftsauskunfteien erscheint angemessen, denn es ist anzunehmen, dass für die regelmäßige Löschungsprüfung eine Software programmiert und eingesetzt werden kann.

Auskunftsrecht gefährdet Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien

Das Auskunftsrecht der betroffenen Person wird durch Art. 15 DS-GVO[TRILOG] erweitert. Insbesondere ist keine Einschränkung hinsichtlich der Häufigkeit der Auskunftseinholung vorgesehen. Dadurch wird die Gefahr geschaffen, dass das Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien unterlaufen wird. Angesichts der positiven Auswirkungen, welche die Bonitätsprüfung durch Auskunfteien auf den Kreditmarkt, vor allem für mittlere und kleinere Unternehmen hat, ist der deutsche Gesetzgeber angehalten, dem entgegenzuwirken. Eine interessengerechte Lösung ermöglicht einerseits der betroffenen Person die Kenntnisnahme der zu ihrer Person verarbeiteten Daten, sodass sie in die Lage versetzt wird, Ansprüche auf Berichtigung, Löschung oder Einschränkung der Verarbeitung geltend zu machen. Andererseits verhindert sie, dass das Geschäftsmodell der Auskunfteien durch die Unentgeltlichkeit der Auskunft in seinem Bestand gefährdet wird.

Rechtsweg zu langwierig

Gemäß Art. 76 Abs. 1 DS-GVO[TRILOG] kann die betroffene Person Verbände mit der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Betroffenenrechte beauftragen. Das Verbandsklagerecht nach der Verordnung ist geeignet, das mit einem Gerichtsverfahren verbundene Kostenrisiko für die betroffene Person zu beseitigen. Allerdings bleibt das Problem der Langwierigkeit gerichtlicher Verfahren bestehen.

B. Abgrenzung Datenschutz- und Verbrauchervertragsrecht

Die dogmatische Abgrenzung des Datenschutzrechts vom Verbraucherschutzrecht ist schwierig. Denn beim Verbraucherschutzrecht handelt es sich nicht um

ein klar abgrenzbares Rechtsgebiet, sondern um die Gesamtheit der Normen und Instrumentarien, die den Schutz von Verbrauchern bezwecken.[1302] Entsprechende Regelungen finden sich in Gesetzen zum Zivilrecht, Strafrecht und Öffentlichen Recht.[1303] Die Schutzgüter des Verbraucherschutzrechts sind abhängig vom konkreten Regelungsbereich unterschiedlich. Gemeinsam ist den Regelungen und Instrumentarien zum Verbraucherschutzrecht jedoch, dass sie an eine besondere Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern anknüpfen. Wer Verbraucher ist, wird im Hinblick auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts definiert, da sich aus der Unterlegenheit gegenüber gewerblichen Anbietern die besondere Schutzbedürftigkeit von zu privaten Zwecken handelnden natürlichen Personen ergibt. An der besonderen Schutzbedürftigkeit fehlt es im Datenschutzrecht, das den Schutz des Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen vor Beeinträchtigungen durch Datenverarbeitungen bezweckt. Das Bedürfnis zum Schutz natürlicher Personen vor diesen Beeinträchtigungen ergibt sich nicht aus ihrer Stellung als Verbraucher, sondern aus ihrer Betroffenheit als Mensch. Die Gefährdungslage wird durch das Vorliegen eines B2C-Verhältnisses nicht verstärkt. Eine verbraucherschützende Funktion des Datenschutzrechts ist daher abzulehnen.[1304]

Für das Scoring besteht dennoch eine enge Verbindung zwischen Datenschutz- und Verbraucherschutzrecht, speziell dem Verbrauchervertragsrecht. Denn die Datenverarbeitungen zum Zwecke der Bonitätsprüfung mittels Scoring dienen der Entscheidung über einen Vertragsschluss. In vielen Fällen handelt es sich um einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer. Zur Abgrenzung des Datenschutzrechts vom Verbrauchervertragsrecht können die unterschiedlichen Schutzgüter herangezogen werden. Das Schutzgut des Datenschutzrechts ist das Persönlichkeitsrecht und im Verbrauchervertragsrecht ist es die „wirtschaftliche Selbstbestimmung“[1305]. Anhand dieser Schutzgüter ordnet diese Arbeit Regelungen zum Scoring dem Datenschutzrecht oder dem Verbrauchervertragsrecht zu. Für eine Regelung im Verbrauchervertragsrecht muss außerdem die erwähnte besondere Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern hinzukommen.

1302 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 11.

1303 *Tamm*, in: Tamm/Tonner, § 1 Verbraucherschutz und Privatautonomie, Rn. 3.

1304 Siehe 3. Teil D. I. 1.

1305 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 7.

Die DS-GVO[TRILOG] gibt die Trennung zwischen Datenschutz- und Verbraucherschutzrecht vollständig auf. Dies wird insbesondere durch die in Art. 7 Abs. 4 und Erwägungsgrund 34 DS-GVO[TRILOG] vorgesehen Anforderungen an die Freiwilligkeit der Einwilligung deutlich. Auch die umfangreichen Informationspflichten der für die Datenverarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 14 und 14a DS-GVO[TRILOG] lassen eine verbraucherschutzrechtliche Motivation erkennen. Beide Beispiele zeigen, dass die Verfolgung verbraucherschutzrechtlicher Ziele im Datenschutzrecht nicht automatisch zu einer Stärkung der Rechte der betroffenen Person führt. Die hohen Voraussetzungen an die Freiwilligkeit der Einwilligung machen ihre wirksame Erteilung praktisch unmöglich und beschränken so das grundrechtlich gewährleistete Recht der betroffenen Person, selbst über die Freigabe ihrer Daten zu entscheiden.[1306] Umfangreiche und doppelte Informationen lassen außerdem befürchten, dass die betroffene Person diese nicht zur Kenntnis nehmen wird und daher keine Aufklärung über die Verarbeitung von Daten und die zur Verfügung stehenden Betroffenenrechte eintritt. Um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, wird trotz dogmatischer Bedenken bei den folgenden Vorschlägen nicht zwischen datenschutzrechtlichen und verbraucherschutzrechtlichen Regelungen differenziert.

C. Vorschläge

Effektive Informationspflicht

Die Informationspflichten der (Kredit-)Unternehmen und Wirtschaftsauskunfteien sind im Interesse einer tatsächlichen Aufklärung der betroffenen Person zu beschränken. Im Rahmen des externen Scoring ist eine Information nur durch (Kredit-)Unternehmen ausreichend, die aber auch Angaben zu den Datenverarbeitungen der von ihr beauftragten Wirtschaftsauskunftei/en enthält. So werden Doppelinformationen vermieden. Inhaltlich sollte die Informationspflicht, die in den Art. 14 und 14a DS-GVO[TRILOG] geforderten Angaben enthalten, um nicht hinter dem durch die Verordnung vorgesehenen Schutz zurückzubleiben. Nach Art. 21 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG] steht dem deutschen Gesetzgeber die Befugnis zu Beschränkungen der Informationspflichten zu, wenn diese dem Schutz wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Inte-

[1306] Siehe 5. Teil A. I. 5.

resses, insbesondere wichtigen wirtschaftlichen Interessen, dienen. Die Beschränkung der Informationspflichten dient der tatsächlichen Aufklärung der betroffenen Person über die ihr zur Beseitigung bzw. Korrektur unrichtiger und nicht mehr aktueller Daten zur Verfügung stehenden Rechte. Nur durch ihre aktive Mitwirkung können unrichtige Scorewerte effektiv verhindert und die Berechnung aussagekräftiger Scorewerte gewährleistet werden. Die effektive Verhinderung unrichtiger und die Gewährleistung aussagekräftiger Scorewerte ist unerlässlich für die Funktionsfähigkeit eines Bonitätsauskunftssystems, das letztlich der Gesamtwirtschaft zugutekommt. Es handelt sich somit um ein wichtiges wirtschaftliches Ziel des allgemeinen öffentlichen Interesses.

Spezifische Vorschriften zum Scoring

Der deutsche Gesetzgeber sollte die Auslegungsfrage, ob externes Scoring eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO[TRILOG] ist, positiv beantworten und für das Scoring spezifische Regelungen nach dem Vorbild der §§ 28a und 28b Nr. 1 BDSG treffen.[1307] Hierfür greift die Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 2a DS-GVO[TRILOG] ein. Angezeigt ist die Festlegung klarer Voraussetzungen für die Verarbeitung von Negativdaten, Bankdaten und Daten aus allgemein zugänglichen Quellen. Insbesondere Negativdaten sollten wegen der drastischen Auswirkungen, die sie auf den Scorewert und damit auf die Lebensführung des Gescorten haben, nur unter strengen Anforderungen verarbeitet werden dürfen. Die Übermittlung von Daten zu säumigen Forderungen ist anders als nach § 28a Abs. 1 Nr. 4 und 5 BDSG erst nach gerichtlicher Geltendmachung der Forderung und wenn sich die betroffene Person hierauf nicht erklärt, zuzulassen. Für die Einmeldung von Bankdaten und allgemein zugänglichen Daten sollten erleichterte Bedingungen geschaffen werden. Ferner sind überprüfbare Verfahrensstandards für die Durchführung von Scoringverfahren nach dem Vorbild des § 28b Nr. 1 BDSG gesetzlich festzulegen. Zur effektiven Verhinderung willkürlicher Scorewerte ist auch die Einführung einer Mindestdatenanzahl für die Scorewertberechnung erforderlich. Diese Verfahrensstandards sollten nicht nur im Datenschutzrecht, sondern parallel auch im allgemeinen Zivilrecht geregelt werden, damit auch gescorte Unternehmen effektiv vor willkürlichen Scorewerten geschützt werden.

[1307] Siehe 5. Teil A. II. 3.

Aufstockung der Ressourcen für Aufsichtsbehörden

Ein Regelungsrahmen, der unrichtige Scorewerte effektiv verhindert und gleichzeitig aussagekräftige Scorewerte gewährleistet, setzt auch die Überprüfbarkeit der Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften voraus. Hierzu ist die Personal- und Finanzausstattung der deutschen Datenschutzbehörden deutlich zu erhöhen. Diese obliegt dem deutschen Gesetzgeber gemäß Art. 47 Abs. 5 DS-GVO[TRILOG].

Interessengerechter Auskunftsanspruch gegen Wirtschaftsauskunfteien

Um das Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien nicht zu unterlaufen, ist das Auskunftsrecht gegen sie auf eine kostenlose Auskunft jährlich zu beschränken. Die Befugnis des deutschen Gesetzgebers zur Beschränkung ergibt sich – wie bei den Informationspflichten – aus Art. 21 Abs. 1 lit. c DS-GVO[TRILOG]. Gleichzeitig ist eine aktive Auskunftspflicht der Auskunfteien für die Fälle einzuführen, in denen die betroffene Person Ansprüche auf Berichtigung, Löschung oder Einschränkung der Verarbeitung geltend macht. Sobald über diese Ansprüche entschieden wurde, ist der betroffenen Person aktiv eine Auskunft zuzusenden.

Datenschutzrechtliche Schlichtungsstellen

Als Alternative zu langwierigen Gerichtsverfahren sind bei den zuständigen Datenschutzbehörden Schlichtungsstellen einzuführen.[1308] Diese sind insbesondere für Streitigkeiten im Verhältnis zwischen Wirtschaftsauskunfteien und der betroffenen Person um die Richtigkeit und Aktualität der zum Scoring verarbeiteten Daten geboten.

[1308] Siehe 4. Teil M.

Literaturverzeichnis

Abel, Ralf, Die neuen BDSG-Regelungen, RDV 2009, S. 147-154

Abel, Ralf, Rechtsfragen von Scoring und Rating, RDV 2006, S. 108-115

Ahrendt, Bernd, Die wertorientierte Bonitätsprüfung als Kernkompetenz im Firmenkundengeschäft, Nordhausen 2007

Albrecht, Jan-Philipp, Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung, Überblick und Hintergründe zum finalen Text für die Datenschutz-Grundverordnung der EU nach der Einigung im Trilog, CR 2016, S. 88-98

Alexander, Christian, Verbraucherschutzrecht, München 2015

Auernhammer, Herbert, BDSG, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetzen, 4. Auflage, Köln 2014

Bager, Jo, Der Datenkrake – Google und der Datenschutz, c´t Magazin, 2.5.2006, http://www.heise.de/ct/artikel/Der-Datenkrake-290454.html (zuletzt abgerufen am 4.1.2016)

Bamberger, Heinz Georg/Roth, *Herbert*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Edition 34, München 2015

Barron, John M./Staten, Michael, The Value of Comprehensive Credit Reports: Lessons from the U.S. Experience, in: Miller, Credit Reporting Systems and the international Economy, Massachusetts 2003, S. 273-310

Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2015

Baumann, Wolfgang, Ökonomie und Recht – Ökonomische Effizienzjurisprudenz, RNotZ 2007, S. 297-308

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung mit FAmFG, GVG und anderen Nebengesetzen, Band 1, 74. Auflage, München 2016

Baumer, David L./Earp, Julia B./Poindexter, J.C., Internet privacy law: a comparison between the United States and the European Union, Computers & Security 2004, Vol. 23, S. 400-412

Beck, Heinz/Samm, Carl-Theodor/Kokemoor, Axel, Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar mit Materialien und ergänzenden Vorschriften, Band 2, Loseblattsammlung Heidelberg, Stand Dezember 2007

Becker, Bernhard/Böttger, Peter/Müller, Stefan, Einflüsse der Konjunktur auf das Rating von Unternehmen im Rahmen der Kreditvergabe, DStR 2012, S. 1197-1202

Becker, Ina, Datenschutzrechtliche Fragen des SCHUFA-Auskunftsverfahrens unter besonderer Berücksichtigung des sogenannten „Scorings", Hamburg 2006

Beckhusen, G. Michael, Das Scoring-Verfahren der SCHUFA im Wirkungsbereich des Datenschutzrechts, BKR 2005, S. 335-344

Beckhusen, G. Michael, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA – Unter besonderer Berücksichtigung des Scoring-Verfahrens ASS und der Betroffenenrechte, Baden-Baden 2004

Behm, Frank, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Scoringverfahren unter Einbeziehung von Geodaten, RDV 2010, S. 61-72

Bergmann, Lutz/ Möhrle, Roland/ Herb, Armin, Datenschutzrecht, Kommentar Bundesdatenschutzgesetz, Datenschutzgesetze der Länder und Kirchen, bereichsspezifischer Datenschutz, Loseblattsammlung, Stuttgart, Stand Januar 2014

Boie, Johannes, Aus der Wolke gefallen – Das FBI prüft nun sogar, ob Aufnahmen von McKayla Maroney als Kinderpornografie gelten: Der Nackfoto-Hack trifft Apple hart. Wo sind Aufnahmen noch sicher?, Sueddeutsche.de, 3.9.2014, http://www.sueddeutsche.de/digital/icloud-gehackt-aus-der-wolke-gefallen-1.2114705 (zuletzt abgerufen am 27.1.2016)

Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, *Hermann*, Kreditwesengesetz: KWG, Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften, 4. Auflage, München 2012

Born, Tobias, Bonitätsprüfungen im Online-Handel – Scorewert-basierte automatisierte Entscheidung über das Angebot von Zahlungsmöglichkeiten, ZD 2015, S. 66-72

Bygrave, Lee A., Privacy Protection in a Global Context – A Comparative Overview, Scandinavian Studies in Law 2004, Vol. 47, S. 319-348

Čikara, Emilia, Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien – Die Umsetzung der Richtlinie 87/102/EWG und der Richtlinie 2008/48/EG in das deutsche, österreichische und kroatische Verbraucherkreditrecht, Wien 2010

Däubler, Wolfgang/Klebe, *Thomas/Wedde, Paul/Weichert, Thilo*, Bundesdatenschutzgesetz – Kompaktkommentar zum BDSG, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2014

Dick, Hans, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung – Der Einfluß von Verbraucherschutzkonzeptionen auf die Gerichtsbarkeit am Beispiel der Rechtsprechung zur Verbraucherverschuldung und zur Verbraucherinformation, München 1995

Dierkes, Maik/Erner, Carsten/Langer, Thomas/Norden, Lars, Business credit information sharing and default risk of private firms, Journal of Banking & Finance 2013, Vol. 37, S. 2867-2878

Drexl, Josef, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998

Edwards, Lilian, Privacy, law, code and social networking sites, in: Brown, Research Handbook on Governance of the Internet, Oxford 2013, S. 309-352

Ehmann, Eugen, Der weitere Weg zur Datenschutzgrundverordnung – Näher am Erfolg, als viele glauben?, ZD 2015, S. 6-12

Ehmann, Eugen, Bußgelder, behördliche Anordnungen, Verbandsklagen – wie lässt sich Datenschutz am besten durchsetzen?, ZD 2014, S. 493-494

Ehrmann, Harald, Risikomanagement in Unternehmen, 2. Auflage, Herne 2005

Erman, Walter, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG, 14. Auflage, Münster 2014

Ernst, Hildegund/Braunroth, Anna/Franke, Bernahrd/Wascher, Angelika, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Auflage, Baden-Baden 2013

Forgó, Nikolaus/Helfrich, Markus/Schneider, Jochen, Betrieblicher Datenschutz Rechtshandbuch, München 2014

Galetzka, Christian, Datenschutz und unlauterer Wettbewerb – Sind Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften wettbewerbsrechtlich abmahnfähig?, K&R 2015, S. 77-83

Gärtner, Stephan/Tintemann, Sven, Die Speicherung des Negativmerkmals „Restschuldbefreiung" in einer Auskunftei, VuR 2012, S. 54-58

Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P., Informations- und Medienrecht, GRC, EMRK, GG, RStV, BGB, IFG, VIG, GWB, TKG, TMG; Kommentar, München 2014

Gierschmann, Sibylle, Was „bringt" deutschen Unternehmen die DS-GVO? – Mehr Pflichten, aber die Rechtsunsicherheit bleibt, ZD 2016, S. 51-55

Gola, Peter/Schomerus, *Rudolf*, BDSG, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 12. Auflage, München 2015

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/AEUV, Loseblattsammlung, München, Stand April 2015

Grabmair, Martin, Datenkrake Facebook: Die Nutzer sind Ware – ihre Daten bares Geld, 25.4.2014, http://www.tech.de/news/datenkrake-facebook-nutzer-sind-ware-ihre-daten-bares-geld-10031040.html (zuletzt abgerufen am 4.1.2016)

Gürtler, Paul/Kriese, Gilbert, Die Umsetzung der Scoringtransparenz bei Banken, RDV 2010, S. 47-60

Hammersen, Jens/Eisenried, Ulrich, Ist „Redlining" in Deutschland erlaubt? – Plädoyer für eine weite Auslegung des Auskunftsanspruchs, ZD 2014, S. 342-345

Hammersen, Jens/Schade, Claudia, Auskunftsanspruch nach § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BDSG – Ist der Auskunftsanspruch gem. § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BDSG europarechtskonform?, DuD 2014, S. 399-401

Härting, Niko, Datenschutzgrundverordnung als Instrument der Bevormundung: Trilog erfolgreich, Einwilligung tot, Legal Tribune Online, 16.12.2015, http://www.lto.de/persistent/a_id/17876/ (zuletzt abgerufen am: 17.2.2016)

Härting, Niko, Internetrecht, 5. Auflage, Köln 2014

Härting, Niko, Profiling: Vorschläge für eine intelligente Regulierung – Was aus der Zweistufigkeit des Profiling für die Regelung des nicht-öffentlichen Datenschutzbereichs folgt, CR 2014, S. 528-536

Härting, Niko, Datenschutzreform in Europa: Einigung im EU-Parlament, CR 2013,S. 715-720

Heilmann, Heidi/Wolf, Friedhelm, Handbuch des Datenschutzes, Organisation des Datenschutzes in der Privatwirtschaft, Wiesbaden 1980

Helfrich, Marcus, Scoring reloaded?, ZD 2013, S. 473-474

Helfrich, Marcus, Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA – Datenschutzrechtliche Zulässigkeit im Rahmen der praktischen Anwendungen, Baden-Baden 2010

Hetjens, Philip, Wer weiß was über die Nutzer: Die wirkliche Datenkrake heißt Amazon, 25.10.2011, http://www.foerderland.de/digitale-wirtschaft/netzwertig/news/artikel/wer-weis-was-uber-die-nutzer-die-wirkliche-datenkrake-heist-amazon/ (zuletzt abgerufen am 4.1.2016)

Hilpert, Malte, Der Austausch von Seriositätsdaten durch Auskunfteien – Rechtskonforme Datenübermittlung, ZD 2015, S. 259-265

Hoang, Carolyn, In the Middle: Creating a Middle Road Between U.S. and EU Data Protection Policies, Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary 2012, Vol. 32, S. 810-854

Hoeren, Thomas, Thesen zum Verhältnis von Big Data und Datenqualität – Erstes Raster zum Erstellen juristischer Standards, MMR 2016, S. 8-11

Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd, Handbuch Multimedia-Recht, Das Recht des elektronischen Geschäftsverkehrs, Loseblattsammlung München, Stand Dezember 2014

Hoeren, Thomas, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, in: LMK 2014, 356425

Hoeren, Thomas, Personenbezogene Daten als neue Währung der Internetwirtschaft, WuW 2013, S. 163

Hoeren, Thomas, Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, S. 486-491

Hoeren, Thomas, Datenschutz und Scoring: Grundelemente der BDSG-Novelle I, VuR 2009, S. 363-369

Hoeren, Thomas, Rechtliche Grundlagen des SCHUFA-Scoring-Verfahrens, in: SCHUFA-Grundlagenschrift, Wiesbaden 2007, S. 63-91

Hoeren, Thomas, Rechtliche Grundlagen des SCHUFA-Scoring-Verfahrens, RDV 2007, S. 93-99

Hoeren, Thomas/Lütkemeier, Sven, Unlauterer Wettbewerb durch Datenschutzverstöße, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, Düsseldorf 1999, S. 107-123

Hondius, Frits W., A Decade of International Data Protection, Netherlands International Law Review 1983, Vol. 30, S. 103-128

Hüffer, Uwe, Besckscher Kurzkommentar zum Aktiengesetz, 11. Auflage, München 2014

Huppertz, Peter/Ohrmann, Christoph, Wettbewerbsvorteile durch Datenschutzverletzungen? – Datenschutzbestimmungen als Marktverhaltensregeln i.S.d. UWG am Beispiel von „Google Analytics" und Facebooks „I-Like-Button", CR 2011, S. 449-454

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, EU-Wettbewerbsrecht, Band I, 5. Auflage, München 2012

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Auflage 2014, München 2014

Johannsen, Christine, Beendete Insolvenzverfahren und keine „Gnade des Vergessens", Das Problem fortbestehender Datenspeicherungen, ZVI 2013, S. 41-45

Kamlah, Wulff, Das Scoring-Verfahren der SCHUFA, MMR 2003, Heft 2, S. V-VII

Kamlah, Wulff, Das SCHUFA-Verfahren und seine datenschutzrechtliche Zulässigkeit, MMR 1999, S. 395-404

Katko, Peter/Babaei-Beigi, Ayda, Accountability statt Einwilligung? Führt Big Data zum Paradigmenwechsel im Datenschutz?, MMR 2014, S. 360-364

Kemper, Rainer, Verbraucherschutzinstrumente, Münster 1994

Kirchberg, Christian, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, in: NVwZ 2014, 751 f.

Kirchhof, Ferdinand, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681-3686

Kirchner, Hildebert/ Böttcher, Eike, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage, Berlin 2012

Klaes, Silke, Alternative Streitbeilegung für Verbraucher in der Telekommunikation – Der Entwurf des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes im Lichte der Anforderungen der TK-Branche, MMR 2015, S. 299-302

Klement, Jochen, Kreditrisikohandel, Basel II und interne Märkte in Banken, Wiesbaden 2007

Koch, Christian, Scoring-Systeme in der Kreditwirtschaft – Einsatz unter datenschutzrechtlichen Aspekten, MMR 1998, S. 458-462

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 33. Auflage, München 2015

Köpernik, Kristin, Zur Notwendigkeit einer Verbandsklage bei Datenschutzverstößen, VuR 2014, S. 240-242

Korczak, Dieter/Wilken, Michael, GP Forschungsgruppe, Verbraucherinformation Scoring, Bericht im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, München Juni 2009

Korczak, Dieter/Wilken, Michael, Scoring im Praxistest: Aussagekraft und Anwendung von Scoringverfahren in der Kreditvergabe und Schlussfolgerungen, Studie im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V. 15.1.2008

Kühling, Jürgen/Seidel, Christian/Sivridis, Anastasios, Datenschutzrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2011

Kuner, Christopher, European Data Privacy Law and Online Business, Oxford 2003

Krämer, Walter, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien, NJW 2012, S. 3201-3207

Kuhr, *Daniela*, Tipps zu Kreditauskunfteien, Verdacht auf Irrtum? Nachhaken!, Süddeutsche Zeitung, München 30.1.2014, http://www.sueddeutsche.de/geld/tipps-zu-kreditauskunfteien-verdacht-auf-irrtum-nachhaken-1.1875916 (zuletzt abgerufen am 15.12.2015).

L´Hoiry, Xavier Duncan/Norris, Clive, The honest data protection officer's guide to enable citizens to exercise their subject access rights: lessons from a ten-country European study, International Data Privacy Law 2015, Vol. 5, No. 3, S. 190-204

Lorenz, *Pia*, Neues Klagerecht für Verbraucherverbände – Kampfansage an Datenkraken, Legal Tribune Online, 15.2.2015, http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/datenschutz-verstoesse-verbraucherschutzverbaende-unterlassungsklage-uklag/2/ (zuletzt abgerufen am 3.1.2016).

Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung München, Stand Mai 2015

Mes, Peter, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2014

Möller, Jan/Florax, Björn-Christoph, Datenschutzrechtliche Unbedenklichkeit des Scoring von Kreditrisiken? NJW 2003, S. 2724-2726

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, München 2016

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, München 2016

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage, München 2015

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 4. Auflage, München 2012

Oetker, Hartmut, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB), 4. Auflage, München 2015

Ostendorf, Heribert/Frahm, Lorenz Nicolai/Doege, Felix, Internetaufrufe zur Lynchjustiz und organisiertes Mobbing, NStZ 2012, S. 529-538

Munzinger Online/Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Auflage, Berlin 2015

Musielak, Hans-Joachim/Voigt, Wolfgang, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 12. Auflage, München 2015

Peilert, Andreas, Das Recht des Auskunftei- und Detekteigewerbes – empirische Untersuchung, verfassungsrechtlicher Rahmen, rechtliche Befugnisse und gewerberechtlicher Novellierungsvorschlag, Berlin 1996

Petri, Thomas B., Sind Scorewerte rechtswidrig?, DuD 2003, S. 631-636

Plath, Kai-Uwe, BDSG, Kommentar zum BDSG sowie den Datenschutzbestimmungen von TMG und TKG, Köln 2013

Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus, ZPO Kommentar, 7. Auflage, Köln 2015

Räther, Philipp, Datenschutz und Outsourcing, DuD 2005, S. 461-466

Reich, Norbert, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, S. 187-194

Reischauer, Friedrich/Kleinhans, Joachim, Kreditwesengesetz (KWG), Kommentar für die Praxis nebst CRR, Nebenbestimmungen und Mindestanforderungen, Band 1, Loseblattsammlung Berlin, Stand November 2015

Ressmann, Thomas/Serr, Stephan, Voraussetzungen und Rechtsrisiken der Übermittlungsunterrichtung nach § 28a I 1 Nr. 4 c BDSG, NJOZ 2013, S. 481-485

Rogosch, Patricia Maria, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Baden Baden 2013

Roßnagel, Alexander, Handbuch Datenschutzrecht, Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München 2003

Rott, Peter/Terryn, Evelyne/Twigg-Flesner, Christian, Kreditwürdigkeitsprüfung: Verbraucherschutzverhinderung durch Zuweisung zum Öffentlichen Recht?, VuR 2011, S. 163-169

Sachs, Michael, Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage, München 2014

Saenger, Ingo, Zivilprozessordnung, 6. Auflage, Baden-Baden 2015

Schade, Claudia/Wolff, Heinrich, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, in: ZD 2014, 309 ff.

Schaffland, Hans-Jürgen/Wiltfang, Noeme, Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Ergänzbarer Kommentar nebst einschlägigen Rechtsvorschriften, Loseblattsammlung Berlin, Stand August 2015

Schröder, Markus, Anmerkung zum Urteil des OLG München v. 12.1.2012, Az.: 29 U 3926/11, in: ZD 2012, 331 f.

Schröder, Michael/Taeger, Jürgen, Scoring im Fokus: Ökonomische Bedeutung und rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich, Oldenburg 2014

Schulte am Hülse, Ulricht/Timm, Markus, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, in: NJW 2014, 1238 f.

Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz nach dem achten und elften Buch der ZPO einschließlich der europarechtlichen Regelungen, 5. Auflage, Köln 2011

Schwartz, Paul M./Solove, Daniel J., Reconciling Personal Information in the United States and European Union, California Law Review 2014, Vol. 102, S. 877-917

Sedlmeiser, Kathleen, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, Tübingen 2012

Simitis, Spiros, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage, Baden-Baden 2014

Simitis, Spiros, Bundesdatenschutzgesetz, 6. Auflage, Baden-Baden 2006

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 3. Auflage, München 2015

Taeger, *Jürgen*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 30.11.2015 zum Entwurf eines Scoringänderungsgesetzes (BT-Drucks. 18/4864), http://docplayer.org/15384502-An-den-vorsitzenden-des-innenausschusses-im-deutschen-bundestag-herrn-mdb-ansgar-heveling-per-email-an-innenausschuss-bundestag.html (zuletzt abgerufen am 16.3.2016)

Taeger, Jürgen, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28.1.2014, Az.: VI ZR 156/13, in: MMR 2014, 492 ff.

Taeger, Jürgen, Datenschutz im Versandhandel: Übermittlung von Kundendaten mit positivem Bonitätswert, BB 2007, S. 785-790

Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev, Kommentar zum BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2013

Tamm, Marina/Tonner, Klaus, Verbraucherrecht, Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung, Beratungshandbuch, Baden-Baden 2012

Tinnefeld, Marie-Theres/Buchner, Benedikt/Petri, Thomas, Einführung in das Datenschutzrecht – Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht, 5. Auflage, München 2012

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein/GP Forschungsgruppe, Scoring nach der Datenschutz-Novelle 2009 und neue Entwicklungen, Studie im Auftrag der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung für das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz bzw. Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz, Kiel, München 2014

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD), Forschungsprojekt Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit – Chancen und Risiken für Verbraucher, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft, 27.2.2006

Veil, Winfried, Angriff auf Internet und Meinungsfreiheit (Teil II) – Eine Kurzanalyse der Datenschutz-Grundverordnung in drei Teilen, CR-online.de Bloq, 15.12.2015, http://www.cr-online.de/blog/2015/12/15/angriff-auf-internet-und-meinungsfreiheit-teil-ii/ (zuletzt abgerufen am 24.2.2016)

Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), Hintergrundpapier: Verbraucher in Schubladen gesteckt, Scoring-Verfahren im Praxistest, Berlin 23.1.2008, http://www.vzbv.de/mediapics/scoring_hintergrundpapier_pk_23_01_08.pdf (zuletzt abgerufen am 15.12.2015)

Vogelgesang, Klaus, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Baden-Baden 1987

Von der Groeben, Hans/Schwarz, Jürgen/Hatje, Armin, Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, Baden-Baden 2015

Von Heintschel-Heinegg, Bernd, Beck´scher Online Kommentar StGB, 29. Edition, München, Stand Dezember 2015

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, Beck´scher Online-Kommentar ZPO, 19. Edition, München, Stand Dezember 2015

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, München 2014

Wäßle, Florian/Heinemann, Oliver, Scoring im Spannungsfeld von Datenschutz und Informationsfreiheit, Rechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz von Scoringverfahren nach der Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes, CR 2010, S. 410-416

Weichert, Thilo, Datenschutz im Wettbewerbs- und Verbraucherrecht, VuR 2006, S. 377-383

Weichert, Thilo Datenschutzrechtliche Anforderungen an Verbraucher-Kredit-Scoring, DuD 2005, S. 582-587

Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, Grundlagen, Bereichsspezifischer Datenschutz, BDSG, Kommentar, München 2013

Wuermeling, Ulrich, Scoring von Kreditrisiken, NJW 2002, S. 3508-3510

Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring

Alice Overbeck

Die Nachfrage nach Finanzierungen steigt im Verbraucher- wie im Unternehmensgeschäft. Bonitätsprüfungen dienen Kreditinstituten und anderen Unternehmen mit Vorleistungspflicht zur Risikoeinschätzung. Scoring ist das Mittel, mit dem Wirtschaftsauskunfteien anhand von Algorithmen die zukünftige Leistungsfähigkeit und -bereitschaft eines Kunden vorhersagen. Die Vorhersage beruht auf Daten aus der Vergangenheit. Folgenschwere Probleme entstehen, wenn diese Daten unrichtig oder nicht mehr aktuell sind.

Die Arbeit beleuchtet die Interessen der am Scoring beteiligten Akteure, skizziert die Rechtsgrundlagen im Datenschutzrecht und geht der Frage nach, ob und inwieweit eine Anpassung erforderlich ist, um richtige und aussagekräftige Scorewerte zu gewährleisten. Hierzu diskutiert die Verfasserin praktische Lösungsmöglichkeiten und erörtert das Erfordernis eines Einschreitens durch den Gesetzgeber. Ferner setzt sie sich mit der Einflussnahme des Verbraucherschutzrechts auf das Datenschutzrecht auseinander und gibt einen Ausblick auf die zukünftige Rechtslage unter Geltung der europäischen Datenschutzgrundverordnung.

ISBN 978-3-8405-0153-1 EUR 26,80