

An den
Vorsitzenden des
Innenausschusses
im Deutschen Bundestag
Herrn MdB Ansgar Heveling

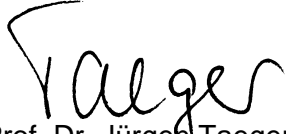
per eMail an: innenausschuss@bundestag.de

**Sachverständigenanhörung am 30.11.2015 zum Entwurf
eines Scoringänderungsgesetzes (BT-Drs. 18/4864)**

Sehr geehrter Herr Heveling,

ich bedanke mich für die Einladung zu der o. g. öffentlichen Anhörung
im Innenausschuss des Deutschen Bundestages und übersende hier-
durch meine vorherige schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf
der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

Mit freundlichen Grüßen


Prof. Dr. Jürgen Taeger

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

18(4)454 B

**INSTITUT FÜR
RECHTSWISSENSCHAFTEN**

DER DIREKTOR
Prof. Dr. Jürgen Taeger

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Handels- und Wirtschaftsrecht
sowie Rechtsinformatik

Sekretariat
Andrea Büntjen-Harjes

TELEFONDURCHWAHL
(0441) 798 - 4135

FAX
(0441) 798 - 4136

eMAIL
j.taeger@uni-oldenburg.de

OLDENBURG
13. November 2015

POSTANSCHRIFT

D-26111 Oldenburg

PAKETANSCHRIFT

Ammerländer Heerstraße 114 - 118

D-26129 Oldenburg

TELEFON

(0441) 798 - 0

**Schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten
Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes –
Scoringänderungsgesetz (BT-Drs. 18/4864)
der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN anlässlich
der Sachverständigenanhörung im Innenausschuss
des Deutschen Bundestages am 30. November 2015**

I. Vorbemerkungen

1. Regulierung des Kreditscorings de lege lata

Im Jahr 2009 verabschiedete der Deutsche Bundestag nach ausführlichen Beratungen mit der sog. BDSG-Novelle I¹ u.a. spezielle Regelungen für die Datenübermittlung an Wirtschaftsauskunfteien (§ 28a BDSG), zum Scoring (§ 28b BDSG) und zu erweiterten Auskunftsansprüchen insbesondere gegenüber Auskunfteien und Daten geschäftsmäßig verarbeitenden Stellen (§ 34 Abs. 2 ff. BDSG). Dadurch sollten die Transparenz bei Scoring-Verfahren erhöht und mehr Rechtssicherheit für Unternehmen bei der Prüfung von Kreditrisiken hergestellt werden.² Der Gesetzgeber sah damit das interne Kreditscoring durch Unternehmen zur Vermeidung eigener kreditorischer Risiken und das externe Kreditscoring von Wirtschaftsauskunfteien zur Übermittlung eines Scorewertes an die kreditgebende Wirtschaft als eine wünschenswerte und rechtlich zulässige Form zur Bewertung der Erfüllungswahrscheinlichkeit an.³ Die Anforderungen an die Übermittlung von Negativdaten an Kreditauskunfteien und an die Durchführung eines internen oder externen Scorings wurden an sehr strenge Voraussetzungen geknüpft. Das Auskunftsrecht Betroffener wurde erheblich erweitert. Die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz begrüßten deshalb mehrheitlich die Gesetzesänderungen zur Datenübermittlung an Kreditauskunfteien und zur Regulierung des Scorings. Allerdings empfahl die AG ‚Auskunfteien‘ im Düsseldorfer Kreis Nachbesserungen.⁴

Eine bankenaufsichtsrechtliche Regelung zum Scoring findet sich in § 10 Abs. 2 KWG. Die Vorschrift verpflichtet Kreditinstitute, vor einem mit Adressausfallrisiken be-

1 G. v. 29.7.2009, BGBl. I S. 2264.

2 BT-Drs. 16/10529 v. 10.10.2008.

3 Auch *Piltz/Holländer*, ZRP 2008, S. 143, gelangen in ihrer Analyse der Gesetzesänderung zu dem Schluss, dass „die Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit von Kunden zu bewerten, ... aus volks- und betriebswirtschaftlichen Gründen zur Minimierung des Ausfallrisikos und zum Schutz der Verbraucher vor Überschuldung grundsätzlich nicht zu beanstanden“ ist.

4 5. Tb 2011/2012 des Landesamtes für Datenschutzaufsicht Bayern, 2013, S. 44.

hafteten Geschäft ein internes Risikomessverfahren (Kreditscoring) zur Risikominimierung durchzuführen.⁵

Den großen Nutzen des Kreditscorings für Verbraucher⁶ betont die EU-Verbraucherkredit-RL.⁷ Der in Umsetzung der Richtlinie am 11.6.2010 in Kraft getretene § 18 Abs. 2 KWG⁸ sieht vor, dass vor dem Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags (§ 491 BGB) oder eines Vertrags über eine entgeltliche Finanzierungshilfe (§ 506 BGB) Kreditinstitute die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers zu prüfen haben, ggf. unter Inanspruchnahme von Daten von Kreditauskunfteien. Der § 18 Abs. 2 S. 5 KWG verweist dabei auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen aus dem BDSG.⁹

Und schließlich sieht § 509 BGB die Pflicht zur Prüfung der Kreditwürdigkeit für nicht der Aufsicht des KWG unterliegende kreditgewährende Handelsunternehmen im Verbraucherinteresse vor. Vom Scoringverfahren profitieren Verbraucher durch Schutz vor Überschuldung, aber auch, weil das Kreditscoring eine statistisch ausgereifte und daher sehr genaue Entscheidungsgrundlage liefert, so dass mehr Kunden Leistungen auf Rechnung oder mit Finanzierungshilfe erhalten, als ohne Scoring.

Auch die Rechtsprechung erkennt an, dass die Erteilung von zutreffenden Bonitätsauskünften für das Funktionieren der Wirtschaft von erheblicher Bedeutung ist.¹⁰ Die wissenschaftliche Literatur hat ebenfalls auf die Bedeutung des Scorings sowohl für die Wirtschaft als auch für den Verbraucher hingewiesen.¹¹

2. Regulierung des Kreditscorings durch eine EU-DatenschutzgrundVO

Derzeit beraten die EU-Kommission, das EU-Parlament und der Rat der EU im Trilog über eine Verordnung des Rates und des Europäischen Parlaments zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (EU-Datenschutzgrundverordnung), zu dem die beteiligten Institutionen jeweils eigene Fassungen eingebracht haben.¹² Es besteht der politische Wille, den Trilog bis Ende 2015 abzuschließen. Dann soll die Datenschutzgrundverordnung Anfang 2016 beschlossen werden und 2018 anzuwenden sein.

5 Ausführlich dazu *Taeger*, Datenübermittlung an Auskunfteien und das Scoring, in: *Taeger/Rose* (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen für das Scoring in Deutschland und in weiteren ausgewählten Staaten, K&R Beihefte 4/2014, S. 2; *Taeger*, Rechtlicher Regelungsrahmen des Scorings in Deutschland, ebenda, S. 9f.; *Taeger*, Datenschutzrecht, 2014, S. 105.

6 Siehe dazu *Schröder et al.*, Ökonomische Bedeutung und Funktionsweise von Credit Scoring, in: *Schröder/Taeger*, Scoring im Fokus: Ökonomische Bedeutung und rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich, 2014, S. 8 ff.

7 RL 2008/48/EG v. 23. 4. 2008, ABl. EU Nr. L 133 v. 22.5.2008, S. 66.

8 Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkredit-Richtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienste-Richtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, BGBl I 2009, S. 2365.

9 Siehe dazu *Wolff/Brink-Spoerr*, BeckOK, BDSG, Sys. J Rn. 79.

10 EuGH, 23. 11. 2006 – C-238/05, WM 2007, 157; BGH, 22. 2. 2011 – VI ZR 120/10, NJW 2011, 2204, Rn. 21; OLG Schleswig-Holstein, 24. 4. 2013 – 9 U 16/13; KG Berlin, 7. 2. 2013 – 10 U 118/12, ZD 2013, 189.

11 *Schröder et al.*, Ökonomische Bedeutung und Funktionsweise von Credit Scoring, in: *Schröder/Taeger*, Scoring im Fokus: Ökonomische Bedeutung und rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich, 2014, S. 8 (23); *Taeger*, Datenschutz bei Direktmarketing und Bonitätsprüfung, in: *Brunner/Seeger/Turturica* (Hrsg.), Fremdfinanzierung von Gebrauchsgütern, 2010, S. 53 (63 ff.); *Roßnagel*, ZD-aktuell 2011, 118.

12 Siehe die Synopse unter https://www.lida.bayern.de/lida/datenschutzaufsicht/lda_daten/BayLDA_Synopse_DS-GVO_KOMM-EU-Parlament-Rat_150623TK.pdf

Eine so ausdifferenzierte, die Interessen der Kreditwirtschaft, der Handelsunternehmen, der Wirtschaftsauskunfteien und der Betroffenen ausbalancierende Regulierung des Kreditscorings wie in Deutschland findet sich in keinem der Entwürfe. Es zeichnet sich aber ab, dass es bei der Regelung des ‚Profiling‘ in Art. 20 EU-DSGVO-E zu einer Öffnungsklausel kommen könnte. Danach hätten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, auch das Kreditscoring unter Beachtung der Vorgaben der EU-DSGVO national detaillierter zu regeln. In den Entwürfen des Europäischen Parlamentes und des Rates heißt es dazu jeweils in Absatz 2:

EP Art. 20 - Profiling

2. Subject to the other provisions of this Regulation, a person may be subjected to profiling which leads to measures producing legal effects concerning the data subject or does similarly significantly affect the interests, rights or freedoms of the concerned data subject only if the processing:

(a) is necessary for the entering into, or performance of, a contract, where the request for the entering into or the performance of the contract, lodged by the data subject, has been satisfied, provided that suitable measures to safeguard the data subject's legitimate interests have been adduced; or

(b) is expressly authorized by a Union or Member State law which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's legitimate interests;

Rat Art. 20: Automated individual decision making

1. The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or significantly affects him or her.

1a. Paragraph 1 shall not apply if the decision:

(a) is necessary for entering into, or performance of, a contract between the data subject and a data controller ; or

(b) is authorized by Union or Member State law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests; or

Sollten sich diese Entwürfe zur Öffnungsklausel in Art. 20 durchsetzen, müsste der deutsche Gesetzgeber bis zum Inkrafttreten der EU-DSGVO eine Entscheidung getroffen haben, ob Vorschriften zum Kreditscoring gem. §§ 28a, 28b, 34 BDSG neben den Regelungen zur Prüfung der Kreditwürdigkeit im KWG und BGB erhalten bleiben oder ob das Kreditscoring gesetzlich in einem bestehenden oder neuen (Kreditscoring-)Gesetz geregelt wird. In diesem Gesetzgebungsverfahren könnten Änderungen gegenüber der jetzigen Regulierung vorgenommen werden, wenn dies als erforderlich angesehen werden sollte. Es empfiehlt sich daher nicht, für einen sehr überschaubaren Zeitraum noch gesetzliche Änderungen des BDSG vorzunehmen, zumal Eile nicht geboten ist.

II. Regulierungsvorschläge des Entwurfs im Einzelnen

Dieses vorausgeschickt wird zu den wesentlichen Änderungsvorschlägen im Einzelnen wie folgt Stellung genommen.

ad 1.: In § 4d Abs. 5 BDSG soll mit einem Satz 3 der verantwortlichen Stelle, die einen Wahrscheinlichkeitswert für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Betroffenen erhebt oder verwendet (§ 28b BDSG), die Verpflichtung nochmals ausdrücklich durch

ein weiteres Regelbeispiel auferlegt werden, eine Vorabkontrolle im Sinne des § 4d Abs. 5 Satz 1 BDSG durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten durchführen zu lassen, bevor die verantwortliche Stelle das Verfahren in Betrieb nimmt. Unabhängig von einer solchen Vorabkontrolle hat jede verantwortliche Stelle zu prüfen, ob Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten rechtmäßig sind und ob ggf. besondere Risiken für Betroffene bestehen.

Der Gesetzgeber hat es dabei belassen, zwei Regelbeispiele für eine Vorabkontrolle zu normieren. Eines dritten Regelbeispiels, der dann auch eher in den Satz 2 zu integrieren und nicht als Satz 3 anzuhängen wäre, ist hier verzichtbar. Nach ganz herrschender Meinung¹³ fällt nämlich die Tätigkeit von Wirtschaftsauskunfteien, die über die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Verhalten Auskunft geben und dafür einen Score berechnen, in die Fallgruppe 2. Danach ist eine Vorabkontrolle durchzuführen, wenn „die Verarbeitung personenbezogener Daten dazu bestimmt ist, die Persönlichkeit des Betroffenen zu bewerten einschließlich seiner Fähigkeiten, seiner Leistung oder seines Verhaltens“.

Würde man das mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeitende Regelbeispiel 2 um weitere Einzelbeispiele erweitern, würde das Regulierungsprinzip mit Regelbeispielen entwertet; es stellte sich dann nämlich die Frage, weshalb nicht aus vergleichbaren Motiven beispielsweise auch die Videoüberwachung oder Skill-Datenbanken als Beispiel aufgenommen würden, die jetzt ebenfalls unter das Regelbeispiel 2 subsumiert werden.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass in § 4d Abs. 5 Satz 2 2. HS. 1. Alternative BDSG eine Vorabkontrolle entfielen, weil eine gesetzliche Verpflichtung zum Scoring besteht. Eine gesetzliche Verpflichtung zum Scoring besteht bei keiner der genannten, das Scoring regelnden Vorschriften, sondern nur eine Erlaubnis. Anstelle des Scoring können auch andere Methoden der Bonitätsprüfung angewendet werden.

Wirtschaftsauskunfteien sind nach alledem bereits de lege lata verpflichtet, eine Vorabkontrolle durchzuführen.

ad 2.: Nach diesem Vorschlag soll die Meldepflicht nach § 4e Abs. 1 BDSG um eine Beschreibung des wissenschaftlich-anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens erweitert werden. Außerdem sollen „Angaben zu § 28b Nummer 4“ BDSG gemacht werden. Weil eine Meldepflicht dann entfällt, wenn ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter (bDSB) bestellt wurde, wären diese Angaben nach § 4e Abs. 1 BDSG in einem Verfahrensverzeichnis aufzunehmen, das die verantwortliche Stelle dem bDSB auszuhändigen hat (§ 4g Abs. 2 BDSG).

Welche Daten oder Datenarten im Verfahrensverzeichnis zum Scoring aufgeführt werden, ergibt sich bei Verwendung des von den Aufsichtsbehörden empfohlenen Musters bereits aus dem Feld „3. Art der gespeicherten Daten“. Eine Beschreibung des wissenschaftlich-anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens ließe sich nur sehr abstrakt und nicht genauer als vom Gesetz in § 28b BDSG und mit der Gesetzesbegründung beschrieben vornehmen. Die verbreitete Definition, wonach es sich bei

13 Vgl. nur Simitis-Petri, BDSG, 2014, § 4d Rn. 33; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 2014, § 4d Rn. 10; Wolff/Brink-Meltzian, Datenschutzrecht, 2013, § 4d Rn. 42; Taeger/Gabel-Scheja, BDSG, 2013, § 4d Rn. 63.

mathematisch-statistischen Verfahren um Methoden handelt, „bei denen statistische Werte zu dem empirisch festgestellten Verhalten bestimmter Personengruppen anhand der Datenübereinstimmung der betreffenden zu beurteilenden Person zugeordnet werden“,¹⁴ würde im Verfahrensverzeichnis zu keinem Transparenzgewinn führen. Legaldefinitionen sind in einem Verfahrensverzeichnis auch nicht üblich. Inhaltlich darüber hinausgehende Beschreibungen sind kaum möglich, weil der Stand der Wissenschaft im Fluss ist und sich ständig ändert. Wirtschaftsauskunfteien haben in der Regel auch nicht nur ein Verfahren, sondern abhängig von Branchen und Risiken zahlreiche unterschiedliche Verfahren, die jeweils abstrakt zu beschreiben zu langen Texten, aber wenig Erkenntnis führen würde. Den Algorithmus offen zu legen, verbietet sich, weil dieser als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis Schutz genießt.¹⁵

Im Übrigen trägt die Begründung des Entwurfs zu 2. nicht den Regulierungsvorschlag. Hier wird ausgeführt, dass durch den Vorschlag die Angemessenheit „der Sicherheit der Verarbeitung“ festgestellt werden soll. Die Sicherheit der Verarbeitung ist aber überhaupt nicht Gegenstand des Regelungsvorschlags. Die Meldung führt auch nicht zu einer „Erweiterung der Prüfung“, die vollumfänglich von den Aufsichtsbehörden einschließlich des Algorithmus durchgeführt wird. Es ist auch nicht erkennbar, weshalb die vorgeschlagene Regelung dazu führen könnte, „die Einhaltung von Vorgaben“ zu überprüfen. Die in der Begründung erwähnten „Nutzer“ von Score-Werten sind auch nicht die Wirtschaftsauskunfteien, die als Adressat des § 28b BDSG das Scoring durchführen und einen Score zur Verfügung stellen, diesen aber nicht ‚nutzen‘.

Der Regulierungsvorschlag passt nicht mit der Begründung des Vorschlags zusammen. Der Vorschlag bringt keine zusätzliche Transparenz, führt nicht zu einer besseren Überprüfbarkeit des rechtmäßigen Verhaltens beim internen oder externen Scorings, sondern eher zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei den verantwortlichen Stellen, die diesen Gesetzesbefehl auszuführen hätten.

ad 3a.: Der Vorschlag sieht vor, dass für die Berechnung des Wahrscheinlichkeitswertes zum „Zwecke der Bonität“ [gemeint ist wohl: zum Zweck der Bonitätsprüfung] bestimmte, abschließend aufgeführte Daten und Datenarten nicht verwendet werden dürfen. § 28b BDSG enthält aus guten Gründen, die beispielsweise *Ehmann* in der Kommentierung zu § 28b BDSG aufgeführt hat,¹⁶ keinerlei Beschränkungen. Eine Ausnahme stellt nur § 28b Nr. 3 BDSG dar, wonach Anschriftendaten nicht *ausschließlich* verwendet werden dürfen. Die Schufa etwa verwendet in der Praxis schon seit längerer Zeit bei nahezu allen Wahrscheinlichkeitsberechnungen keine Anschriften im Sinne von Geodaten mehr.

Das OLG München stellt fest, dass der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen habe, besonderen Arten personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 9 BDSG „unter dem Aspekt einer möglichen Diskriminierung als nicht erheblich im Sinne von § 28b Nr. 1 BDSG auszuschließen“. ¹⁷ Das Gericht schließt sich hier *Wäßle/Heinemann* ¹⁸ an, die zutreffend darauf hinweisen, dass etwa die Berücksichtigung von Alter und Geschlecht

14 Taeger/Gabel-Mackenthun, BDSG, 2013, § 28b Rn. 19, bezugnehmend auf *Helfrich*, *Kreditscoring und Scorewertbildung der SCHUFA*, 2010, S. 183 ff.

15 BGH, Urt. v. 28.1. 2014 – VI ZR 156/13 –, BGHZ 200, 38 m. Anm. *Taeger*, MMR 2014, 492; *Taeger*, K&R 2008, 513; *Lang*, K&R 2014, S. 273; *Wäßle*, BB 2014, S. 846.

16 *Simitis-Ehmann*, BDSG, 2014, § 28b Rn. 13 ff.

17 OLG München, Urt. v. 12.3.2014 – 15 U 2395/13 –, ZD 2014, 570, unter Hinweis auf BT-Drs. 16/13219.

18 *Wäßle/Heinemann*, CR 2010, S. 410 (412).

„keine Behinderung im Sinne einer willentlichen Schlechterstellung, sondern eine rein statistische Größe als Ergebnis eines mathematischen Verteilungsverfahrens“ darstellt.

Zutreffend hat *Ehmann* unter Bezugnahme auf *Munz* darauf hingewiesen, dass der Verzicht auf Daten wie Alter oder Geschlecht, „deren Relevanz für die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Verhaltens nachgewiesen ist“ (Männer verschulden sich häufiger als Frauen), gerade zu Diskriminierungseffekten führen würde, die man eigentlich mit Vorschlägen wie dem hier eingebrachten zu vermeiden trachtet.

Zu Daten aus sozialen Netzwerken und Blogs: diese werden nach einer verbreiteten Meinung schon dann nicht herangezogen werden dürfen, wenn die AGB der sozialen Netzwerke die Nutzung von Daten ausschließen und sie damit nicht als öffentlich zugänglich angesehen werden dürfen. Im Übrigen bedarf es für ein wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren für einen Parameter einer hinreichend großen Zahl einer Grundgesamtheit von Daten, was bei Daten aus sozialen Netzwerken und Blogs nicht der Fall ist. Von daher wäre die Nutzung dieser Daten unzulässig, weil es sonst kein wissenschaftlich anerkanntes Verfahren mit für die Berechnung erheblichen Daten kommen würde. Formen des social scoring sind demnach in Deutschland unzulässig.

Der § 28b BDSG soll desweiteren um eine neue Nummer 5 ergänzt werden. Sie sieht vor, dass ausdrücklich vor – also nicht nur über – jeder Berechnung eines Wahrscheinlichkeitswertes über eine vorgesehene Nutzung des Scorewertes eine schriftliche Unterrichtung des Betroffenen erfolgen soll. Diesen Vorschlag erscheint undurchdacht. Die Vorschrift würde am ‚point of sale‘ und im Zeitalter massenhafter elektronischer Fernabsatzverträge zu einer schwerwiegenden Lähmung des Kontrahierungsverfahrens und damit zu einer massiven Verletzung der Interessen auch von Verbrauchern führen. Wer als Verbraucher das World Wide Web als elektronisches Fernkommunikationsmittel (§ 312b BGB) nutzt, um einen Fernabsatzvertrag zu schließen oder als Unternehmer ein Geschäft im eCommerce, der erwartet nach Abgabe seines Angebots durch Mausklick eine Bestätigung des Eingangs der Bestellung (§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB) und gleichzeitig oder doch alsbald eine Annahme des Angebots auf elektronischem Weg. Der Vorschlag der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN würde dieses kundenfreundliche Verfahren unterbrechen, weil die bei Zahlungsformen mit kreditrisiken gesetzlich vorgeschriebene Bonitätsprüfung – hier durch Scoring – den Anbieter verpflichten würde, den Verbraucher darüber zu informieren, dass zunächst eine Wahrscheinlichkeitsberechnung hinsichtlich seines zu erwartenden Erfüllungsverhaltens durchzuführen sei. Die mit dem Änderungsantrag vom 23.11.2015 zum Entwurf vorgeschlagene Ersetzung des Wortes ‚schriftlich‘ durch ‚in Textform‘ ändert substantiell nichts an diesen Bedenken, weil auch bei Textform gem. § 126 BGB dem Betroffenen erst eine „auf einem dauerhaften Datenträger“ Mitteilung zugehen, also etwa eine eMail, zugehen muss, bevor eine Wahrscheinlichkeitsrechnung vorgenommen werden darf.

Der Normwortlaut lässt Fragen offen: Wenn vor der Berechnung schriftlich oder in Textform zu informieren ist, dann folgt daraus die Frage, ob nach Absenden der Mitteilung oder erst nach Zugang die Berechnung durchgeführt werden darf und ob die vorgesehene Nutzung eines errechneten Scores unmittelbar nach Absenden, Zugang oder Reaktion des Betroffenen erfolgen darf. Aus dem Vorschlag geht auch nicht her-

vor, ab wann denn die Wahrscheinlichkeitsberechnung bei einer Wirtschaftsauskunftei angefordert oder selbst durchgeführt werden darf.

Der hinter dieser vorgeschlagenen Nummer stehende Gedanke ist allerdings nicht vollkommen abzulehnen. Denkbar wäre eine Vorschrift, nach der die verantwortliche Stelle, die einen Score für sich erstellt oder extern erstellen lässt, über die Vornahme einer Wahrscheinlichkeitsberechnung informiert, entweder hervorgehoben in den AGB oder prominent leicht erkennbar vor Abgabe der Bestellung im Internet. Vorbild könnte hier § 6a Abs. 2 Ziff. 2 BDSG entsprechend sein, so dass diejenige verantwortliche Stelle, die bei einem Rechtsgeschäft ein kreditorisches Risiko eingeht, den Betroffenen über die Tatsache, dass eine Bonitätsprüfung mittels Wahrscheinlichkeitsberechnung erfolgt, zu informieren hat. Die vorgeschlagene Regelung ist allerdings schon wegen der Regelungstechnik und der verwendeten Begriffe als unsystematisch und Rechtsunsicherheit hervorrufend abzulehnen.

ad 3b. Der Satz 1 des vorgeschlagenen neuen § 28b Absatz 2 BDSG erscheint schon deswegen obsolet weil das Tatbestandsmerkmal ‚wissenschaftlich anerkannt‘ bereits impliziert, dass es auch dem Stand von Wissenschaft und Forschung entspricht. Der vorgeschlagene Satz 2 enthält eine gem. Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 GG an die gesamte Bundesregierung adressierte Verordnungsermächtigung. Es ist zweifelhaft, ob diese Verordnungsermächtigung den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG genügt, wonach die Ermächtigung in Bezug auf Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung hinreichend bestimmt sein muss. Die Vielzahl an mathematisch-statistischen Verfahren und die sich mit Entwicklung der Wissenschaft ständig fortentwickelnden Verfahren lassen sich kaum in ‚allgemeinen Anforderungen‘ festschreiben. Sollte von der Datenschutzaufsicht bei einer Wirtschaftsauskunftei oder bei einem ein internes Scoring durchführenden Unternehmen prüfen, ob dem angewendeten Scoringverfahren ein wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren zugrundeliegt, so kann dazu ein wissenschaftliches Gutachten angefordert oder von der verantwortlichen Stelle vorgelegt werden. Durch eine Rechtsverordnung erlassene Allgemeine Vorgaben sind dabei nicht hilfreich.

ad 4. § 33 BDSG differenziert hinsichtlich der Informationspflicht bei erstmaliger Speicherung und Übermittlung bewusst zwischen den Stellen, die die Daten für eigene Zwecke erheben (§ 28 BDSG) und solchen, die die Daten für fremde Zwecke (§ 29 BDSG) erheben. Werden von einer Auskunftei als einem geschäftsmäßigen Datenverarbeiter personenbezogene Daten gespeichert, aber nicht übermittelt, besteht für den Betroffenen noch kein Schutzinteresse. Erst mit der erstmaligen Übermittlung könnten seine Interessen verletzt sein, so dass er über die Übermittlung zu informieren ist und sodann seine Auskunftsansprüche aus § 34 BDSG geltend machen kann.¹⁹ Das ist deshalb wichtig, weil Gegenstand der Information nach § 33 Abs. 1 Satz 2 BDSG nur diejenigen Daten sind, die erstmals übermittelt wurden, nicht aber etwaige weitere gespeicherte Daten. Der nachfolgende Auskunftsanspruch erstreckt sich sodann auf alle gespeicherten Daten.

Diese Differenzierung des Gesetzgebers ist aus guten Gründen gewollt, weil es sonst zu einer unverhältnismäßig großen Zahl an Benachrichtigungen beispielweise durch Adresshändler oder Auskunfteien, käme, ohne dass dafür schon ein Informationsinteresse des Betroffenen vorliegt. Den Bedenken gegen eine hierin gesehene, zu

19 Vgl. Plath-Kamlah, BDSG, 2013, § 33 Rn. 19; Wolff/Brink-Forgó, Datenschutzrecht, 2013, § 33 Rn. 33.

einem Transparenzdefizit führende Privilegierung,²⁰ hatte die Bundesregierung entgegengehalten, dass eine Differenzierung wegen unterschiedlicher Gefährdungslagen gerechtfertigt sei.²¹

Selbst dann, wenn Daten übermittelt oder abgerufen werden, ist eine Benachrichtigung nur dann erforderlich, wenn der Betroffene nicht schon auf anderem Weg Kenntnis von der Übermittlung hat oder haben kann. *Däubler* weist zutreffend darauf hin, dass der Sinn der Einschränkung darin liegt, „unnötigen bürokratischen Aufwand zu vermeiden“.²²

ad 5.: a) Als Ziel dieses Vorschlags wird angegeben, dass den Betroffenen dadurch die Möglichkeit gegeben werden soll, falsche Daten zu korrigieren. Diese Möglichkeit haben die Betroffenen bereits nach geltendem Recht aufgrund eines Auskunftsanspruchs gegenüber den Stellen, die eine Wahrscheinlichkeitsberechnung über das künftige Verhalten durchführen (§ 34 BSG). Aufgrund der Auskunft, die auf ein Auskunftersuchen jährlich einmal kostenfrei erteilt wird, erhalten die Betroffenen Auskunft über die zu ihrer Person gespeicherten Daten, über die Herkunft der Daten und über die Stellen, an die Daten übermittelt wurden. Sollten die Informationen unrichtig sein, besteht ein Berichtigungsanspruch. Sollten Daten ohne Erlaubnis gespeichert werden, besteht ein Lösungsanspruch.

Außerdem wird mit dem Vorschlag das Ziel verfolgt, den Auskunftsanspruch dahingehend zu erweitern, dass die Betroffenen Kenntnis über die bei der Berechnung verwendeten Daten, deren Gewichtung und ihre „Zuordnung zu Vergleichsgruppen“ erhalten.

Mit der Erweiterung der Informations- und Auskunftsrechte der Betroffenen durch die letzte Änderung des BDSG 2009 verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die Transparenz der Verfahren zu verbessern. Die Betroffenen sollte feststellen können, wie eine sie betreffende Entscheidung zustande gekommen ist. Sie sollten fehlerhafte Daten korrigieren können und Missverständnisse aufklären sowie ihre Interessen sachgerecht gegenüber einem Sachbearbeiter vertreten können. „Durch eine Erweiterung der Informations- und Auskunftsrechte der Betroffenen in bestimmten Fällen wird die Transparenz der von den Auskunftsteilen praktizierten Verfahren verbessert und den Betroffenen ermöglicht, ihre Rechte effektiver wahrzunehmen.“²³ Dem wurde mit § 34 Abs. 2-4 BDSG sehr weitgehend Rechnung getragen, und es wurde „die Transparenz des Scoring-Verfahrens deutlich erhöht“.²⁴ Die Auskunftsteile informieren nunmehr nicht nur bei Auskunftersuchen über die Daten, sondern darüber hinaus auch sehr ausführlich einzelfallbezogen und nachvollziehbar in allgemein verständlicher Form über das Zustandekommen des Wahrscheinlichkeitswertes. Auskunftsteile informieren etwa auch auf ihren Webseiten sehr ausführlich über Scoring-Verfahren und die zugrundegelegten Daten.²⁵

Weitergehende Informationen über die Algorithmen, mit denen Scorewerte berechnet werden, sind als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auch verfassungsrechtlich

20 *Simitis-Dix*, BDSG, 8. Auf., 2014, § 33 Rn. 24 f.; *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert*, BDSG, 2014, § 33 Rn. 2.

21 BT-Drs. 11/4306, S. 91

22 *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert*, BDSG, 2014, § 33 Rn. 6.

23 BT-Drs. 16/10529, S. 9.

24 *Simitis-Dix*, BDSG, 2014, § 34 Rn. 33.

25 Siehe etwa zur Schufa <https://www.schufa.de/de/faqs/privatpersonen/scoring/>.

geschützt. Der BGH entschied in Übereinstimmung mit den Instanzgerichten, dass eine Wirtschaftsauskunftei bei einem auf § 34 BDSG gestützten Auskunftsbeglehen keine Angaben über die als Geheimnis geschützte Scoreformel mit seinen relevanten und signifikanten Merkmalen aus der Analyse sowie der Gewichtung der Daten zu machen braucht.²⁶ Die Auskunftsverpflichtung diene dazu, „dass der Betroffene den in die Bewertung eingeflossenen Lebenssachverhalt erkennen und darauf reagieren kann“. Angaben zu Vergleichsgruppen und zur Gewichtung einzelner Elemente bedürfe es dafür nicht.²⁷ Nach Ansicht von *Dix*²⁸ ist die Offenlegung der Scoreformel „in der Regel auch nicht geeignet, den Prozess der Prognostizierung des zukünftigen Verhaltens nachvollziehbar zu machen“. Die Überprüfung, ob die Berechnungsmethode nach einem wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahren erfolgt, obliegt den Aufsichtsbehörden, nicht den Betroffenen; insofern haben wir derzeit keine zu schließende Schutzlücke zum Nachteil der Betroffenen, weil in einem zweistufigen Verfahren durch Auskunftsrecht des Betroffenen und durch die aufsichtsrechtliche Prüfung hinreichende Transparenz besteht.²⁹

Zuzustimmen ist dem Hinweis von *Wäßle*, dass mit der Offenlegung der Berechnungsmethode auch „die Gefahr steigen (würde), indem gezielt auf die einzelnen Merkmale und ihre Gewichtung eingewirkt wird, um so weit wie möglich einen Wunschscore zu bewirken“.³⁰

b) Die Forderung, Auskunfteien sollen „in Schriftform“ allen Betroffenen jährlich unverlangt kostenlos Auskunft über ihre gespeicherten Daten erteilen, greift die 2010 diskutierte Idee eines ‚Datenbriefes‘ wieder auf, den der ehemalige Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Peter Schaar als "noch nicht ganz zu Ende gedacht" bezeichnet hat.³¹ So verhält es sich auch hier. Allein die Schufa müsste zumindest beim Erstanschreiben an mehr als 66 Mio. Menschen per Post eine schriftliche unverlangte Auskunft senden. Allein die immensen Kosten sind unververtretbar und rechtfertigen den gewünschten Effekt nicht, zumal jede interessierte Person eine kostenlose Auskunft geltend machen kann.

c) – d) Zu den hier aufgeführten Vorschlägen wurde bereits zuvor Stellung genommen.

ad 6.: Die Vorschläge unter dieser Ziffer sind mit ähnlichem Inhalt Gegenstand intensiver Diskussionen im Insolvenzrecht, sie waren es auch beim Deutschen Insolvenzrechtstag 2015.³² Auch wenn Daten aus Insolvenzverfahren gem. § 3 Abs. 1 InsoBekV nur sechs Monate unter www.insolvenzbekanntmachungen.de veröffentlicht werden dürfen,³³ so ergibt sich nach h.M. die abweichende Lösungsfrist dieser öffentlich zugänglich³⁴ gemachten und von Auskunfteien verwendeten Daten aus § 35 Abs. 2

26 BGH, Urt. v. 28.1.2014 - VI ZR 156/13, MMR 2014, 489 m. Anm. *Taeger*.

27 BGH MMR 2014, 489, Rn. 29, zust. *Lang*, K&R 2014, S. 273 (274)

28 *Simitis-Dix*, BSG, 2014, § 33 Rn. 33.

29 *Taeger*, MMR 2014, S. 492 (493).

30 *Wäßle*, BB 2014, S. 846.

31 <http://bit.ly/1P0v0LO>.

32 Siehe zuletzt *Heyer*, ZVI 2015, S. 45 m.w.N.; *Heyer*, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz in der Praxis, 2015, S. 120 f; *Johannsen*, ZVI 2013, S. 41.

33 Einschränkungen nach Abs. 3 und nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 InsoBekV sind zu beachten.

34 Vgl. *Taeger/Gabel-Taeger*, BDSG, 2013, § 28 Rn. 86.

S. 2 Nr. 4 BDSG.³⁵ Wenn der politische Wille bestünde, diese Lösungsfristen zu ändern, dann wäre eher das Insolvenzrecht der richtige Ort der Regelung.

ad 7.: Der Gesetzgeber sollte Datenschutzaufsichtsbehörden nicht vorschreiben, welche Stellen in welchem Rhythmus zu prüfen sind. Aufsichtsbehörden sind unabhängig. Die vorgeschlagene Regelung würde einen Präzedenzfall schaffen, dem weitere Gesetzesbefehle zur Prüfung bestimmter verantwortlicher Stellen folgen könnten, was mit der Autonomie der Aufsichtsbehörden nicht vereinbar wäre.

III. Zusammenfassende Bewertung

Die Prüfung der Bonität von Kunden, die Darlehensverträge oder Verträge mit Finanzierungshilfen abschließen oder die auf Rechnung kaufen, hat positive Effekte für Kreditinstitute, Handels- und Dienstleistungsunternehmen und die Volkswirtschaft insgesamt. Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Kreditscorings in Deutschland bringen die Interessen von Wirtschaft und Verbrauchern in ein ausgewogenes Verhältnis. Seitens der Aufsichtsbehörden wurde nach aufsichtsrechtlichen Prüfungen bestätigt, dass die Scorewerte entsprechend der gesetzlichen Regelungen mit solchen Merkmalen berechnet wurden, die für die Bonitätsbeurteilung bedeutend waren, und dass die angewandten statistischen Methoden nicht zu beanstanden sind.³⁶

Die geltenden EU-Richtlinien und die nationalen Gesetze zum Kreditscoring, die Rechtsprechung sowie die rechtswissenschaftliche und wirtschaftswissenschaftliche Literatur lassen keinen Zweifel daran aufkommen, dass das Kreditscoring im Interesse der Volkswirtschaft, der kreditgewährenden Unternehmen und insbesondere auch der Verbraucher wertvoll und unverzichtbar ist.

Die gesetzlich ausdrücklich erwünschte und angeordnete Berechnung der Erfüllungswahrscheinlichkeit schützt die Wirtschaft vor Kreditausfällen. Die Interessen der Betroffenen am Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte werden dabei durch die hohen Anforderungen an die Übermittlung von Negativdaten an Wirtschaftsauskunfteien und an die Durchführung eines Kreditscorings gewahrt. Die Anwendung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens, das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem verfassungsrechtlich geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Kreditauskunfteien unterliegt, wird durch die Kontrolle der Landesdatenschutzaufsicht sichergestellt, die zu dieser Frage Gutachten einholen können. Aufgrund dieser zweistufigen Transparenz durch Auskunfts- und Berichtigungsansprüche der Betroffenen einerseits und die Überprüfung der Tatbestandsmäßigkeit des § 28b BDSG durch die Aufsichtsbehörden wird die mit der Gesetzesinitiative eingeforderte Transparenz bereits ausreichend sichergestellt.

Die mit dem Entwurf eines Scoringänderungsgesetzes vorgeschlagenen Regelungen sind insgesamt nicht geeignet, die „Bedingungen beim Scoring“ zu verbessern. Sie würden im Gegenteil zu einem erheblichen Aufwand zu Lasten von Unternehmern und Verbrauchern führen, dem auch aus Sicht der Verbraucher keine Vorteile gegenüberstehen.

35 Siehe etwa KG Berlin, Urt. v. 7.2.2013 – 10 U 118/12, ZVI 2014, 100; LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 16.8.2012 – 1 S 76/12, ZVI 2014, 103; *Kühling/Prütting/Borg*, InsO, § 9 Rn. 25.

36 Siehe etwa die Pressemitteilung des Hessischen Datenschutzbeauftragten vom 18.12.2014 zur Scoring-Studie des BMJV und BMI.