

ZENTRALER KREDITAUSSCHUSS

MITGLIEDER: BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN VOLKSBANKEN UND RAIFFEISENBANKEN E.V. BERLIN · BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN E. V. BERLIN
BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER BANKEN DEUTSCHLANDS E. V. BERLIN · DEUTSCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBAND E. V. BERLIN-BONN ·
VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEFBANKEN E.V. BERLIN

**Stellungnahme des
Zentralen Kreditausschusses
zum zweiten Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern für ein
Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (Stand: April 2008)
und Vorschlag einer Alternativlösung
zur Verbesserung der Akzeptanz des Kredit-Scorings**

6. Juni 2008

Der Zentrale Kreditausschuss (ZKA) nimmt die Gelegenheit gerne wahr, zu dem vom Bundesministerium des Innern mit E-Mail vom 5. Mai 2008 übermittelten zweiten Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (Stand: April 2008) wie folgt Stellung zu nehmen:

I. Zweiter Referentenentwurf ist nach wie vor unausgewogen

Der überarbeitete Referentenentwurf enthält im Vergleich zur Vorfassung einige inhaltliche und redaktionelle Verbesserungen. Insbesondere ist zu begrüßen, dass die angestrebte Regelung zur Übermittlung von Daten aus untitulierte Forderungen wegen ihrer sehr problematischen Auswirkungen auf das Recht der Forderungsabtretung im Anwendungsbereich eingeschränkt worden ist. Jedoch beinhaltet der nunmehr vorliegende Referentenentwurf nach wie vor ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen dem bankaufsichtsrechtlich erwarteten und geförderten Einsatz rechnergestützter Scoring-Systeme bei der Kreditvergabe und der vorgesehenen Offenbarungspflicht von Details des Kredit-Scoring-Verfahrens. Die vorgesehene Offenlegung der in ein Scoring-Ergebnis einfließenden Datenarten und deren Gewichtung entwertet dieses moderne Kreditbewertungssystem entscheidend, schwächt die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Kreditinstitute und ist darüber hinaus nicht geeignet, dem Kunden die Kreditentscheidung verständlicher zu machen. Insoweit ist Scoring in der Regel zwar ein wichtiger Bestandteil der Kreditvergabe, zumeist aber nicht allein ausschlaggebend für die Kreditentscheidung.

Über die staatliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute ist zudem – im Unterschied zu anderen Scoring-nutzenden Branchen – eine Qualitätskontrolle der eingesetzten Kredit-Scoring-Verfahren sichergestellt, so dass es einer Offenlegung von Details gegenüber dem Kunden nicht bedarf und eine solche Pflicht die deutsche Kreditwirtschaft mit zusätzlichen, nicht gerechtfertigten erheblichen bürokratischen Lasten belegen würde. Aus diesen Lasten resultieren erhebliche Kosten, die deutlich über die in der Gesetzesbegründung geschätzten Kosten hinausgehen.

Bleibt es bei der geplanten Offenbarungspflicht der Datenarten und deren Gewichtung, ist mit einer deutlichen Verschlechterung der Qualität des Kredit-Scorings zu rechnen, da die Gefahr des Unterlaufens des Kredit-Scoring durch Angabe geschöner bzw. manipulierter Daten besteht. Damit würde eine fundierte Bestimmung des Kreditrisikos erheblich erschwert und ein im derzeitigen Umfeld der Finanzdienstleistungsindustrie falsches Signal gesetzt. Denn die Institute benötigen gerade jetzt einen angemessenen gesetzlichen Rahmen für den Einsatz auch international wettbewerbsfähiger Risikosteuerungssysteme. Diesem Aspekt wird der vorliegende Referentenentwurf nicht gerecht.

Insbesondere die folgenden Regelungen begegnen erheblichen Bedenken und bedürfen daher noch deutlicher Verbesserungen, die im Teil III der Stellungnahme weiter spezifiziert werden:

- § 6a BDSG-E – Der Anwendungsbereich wird auf „wesentlich“ automatisierte Einzelentscheidungen erweitert (vgl. Abs. 1), was den Vorgaben der EU-Datenschutzrichtlinie entgegensteht, die nur „ausschließlich“ automatisierte Entscheidungen einem besonderen Regime unterstellt. Zudem wird in Abweichung von der EU-Datenschutzrichtlinie eine Begründungspflicht bei negativen automatisierten Einzelentscheidungen eingeführt (vgl. Abs. 2 Nr. 2). Dies widerspricht darüber hinaus der Zielsetzung der Bundesregierung, Richtlinien 1 : 1 umzusetzen, um Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der deutschen Wirtschaft zu vermeiden.
- § 28a Abs. 1 Nr. 2 bis Nr. 4 BDSG-E – Voraussetzung für die Übermittlung von Daten über „nicht bestrittene und nicht ausdrücklich anerkannte Forderungen“ an Auskunftsteien soll die zweimalige Mahnung des Betroffenen sowie ein Hinweis auf die Meldung an die Auskunftstei sein. Neben der sehr aufwändigen Unterhaltung eines zweigleisigen Mahnwesens wird damit auch die Datengrundlage verringert und der Auskunftswert von Auskunftsteidatenbanken gemindert. Dies gefährdet letztlich die aus volkswirtschaftlicher Sicht notwendige Aufgabe der Kreditinstitute, die Wirtschaft mit Krediten zu versorgen und darüber hinaus die auch von der Bundesregierung verfolgte Zielsetzung, Kredite an Verbraucher verantwortungsvoll vergeben zu können.
- § 28b BDSG – Das Verhältnis zwischen bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen an Scoring-Verfahren in § 10 Abs. 1 Satz 3 ff. KWG und den datenschutzrechtlichen Anforderungen in § 28b BDSG-E ist nicht ausreichend geklärt. Ohne Herstellung eines Gleichlaufs zwischen beiden Aufsichtsregimen besteht die Gefahr, dass Kreditinstitute widersprüchlichen Anforderungen von Aufsichtsbehörden unterliegen könnten, so dass die deutsche Kreditwirtschaft zusätzlichen bürokratischen Belastungen ausgesetzt ist.
- § 34 Abs. 1a BDSG-E – Der Verwender des Scoring-Verfahrens muss Auskunft u. a. über die wesentlichen Datenarten und die Gewichtung der Scoring-Merkmale und das Zustandekommen des Score-Werts in „allgemein verständlicher Form“ geben. Dabei muss das Kreditinstitut auch verwendete fremde Score-Wert-Berechnungen von Auskunftsteien (z. B. SCHUFA-Score) erläutern können. Der Betroffene hat ergänzend gegenüber der Auskunftstei einen Auskunftsanspruch nach § 34 Abs. 2a BDSG-E. Das den Auskunftsanspruch begrenzende Betriebs- und Geschäftsgeheimnis bleibt unberücksichtigt,

was einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Güter von Kreditinstituten und anderen Scoring-Betreibern darstellt.

II. Allgemeine Anmerkungen zum Gesetzentwurf und Vorschlag des ZKA für eine Alternativlösung zur Förderung der Akzeptanz des Scorings

Das Gesetzesvorhaben möchte die datenschutzrechtliche Situation der Bürger in Bezug auf Scoring-Verfahren und Auskunfteien „verbessern“. Gesetzgeberisches Handeln muss aber auch mögliche negative Auswirkungen auf Scoring-Verfahren und Auskunfteien beachten. Denn diese Verfahren und Einrichtungen zielen nicht darauf ab, Kunden von Kreditinstituten zu benachteiligen, sondern sie sollen zum Vorteil von Kunde und Kreditinstitut Kreditvergabe-prozesse unterstützen und die Ausfallrisiken bei Krediten möglichst gering halten. Beiden Instrumenten kommt somit eine sehr wichtige volkswirtschaftliche Bedeutung zu.

Aus Sicht der Kreditwirtschaft wirft das Gesetzesvorhaben – nach wie vor - insbesondere folgende grundsätzliche Probleme auf:

1. Vorteile des Kredit-Scorings nicht durch übermäßige Offenlegungspflichten gefährden

Das Gesetzesvorhaben stellt aufgrund der vorgesehenen Offenbarungspflicht die von Kreditinstituten praktizierten Kredit-Scoring-Verfahren in ihrer Funktionsweise in Frage. Der Gesetzentwurf vermittelt den Eindruck, dass Kredit-Scoring-Verfahren den Verbraucher benachteiligen können und deshalb ein gesetzlicher Handlungsbedarf besteht. Dabei wird nicht hinreichend gewürdigt, dass sowohl Kunden als auch Kreditinstitute von dem Einsatz rechnergestützter, objektiver Scoring-Systeme bei der Kreditvergabe sehr profitieren. Denn das Kredit-Scoring

- bildet eine objektive und genaue Entscheidungsgrundlage,
- ermöglicht damit eine schnelle und sichere Kreditentscheidung mit der Folge,
- dass geringere Bearbeitungskosten in Form von günstigeren Kreditzinsen an die Kunden weitergegeben werden können, und
- bietet einen besseren Schutz des Kunden vor Überschuldung.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Kreditwirtschaft aufgrund ihres eigenen Interesses an qualitativ hochwertigen Bonitätsanalysen und aufgrund der bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Risikokontrolle qualitativ besonders aussagekräftige Daten verwendet und über die mit am wei-

testen entwickelten Verfahren für die Bonitätsprognose verfügt. Auch stellt § 10 Abs. 1 S. 3 ff. KWG bereits gesetzliche Anforderungen an Kredit-Scoring-Verfahren auf, die eine hohe Güte der von Kreditinstituten eingesetzten Verfahren gewährleisten.

Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der „besseren Regulierung“ und des „Bürokratieabbaus“ ist sorgfältig abzuwägen, ob und inwieweit aufgrund dieser Vorteile und hohen Qualität des Kredit-Scorings wirklich ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

2. Angestrebtes Transparenzkonzept zum Kredit-Scoring hilft dem Kunden nur bedingt – Alternativlösung des ZKA greift besser

Die Kreditvergabe beinhaltet in der Regel mehrere Prozess-Schritte. Häufig beginnend mit der Prüfung von sog. Ausschlusskriterien (z. B. Volljährigkeit), gefolgt von der Analyse der Haushaltsrechnung, der Beurteilung der Vermögenssituation des Kunden, der Beurteilung der Daten einer Kreditauskunftei (z. B. der SCHUFA), gegebenenfalls die Aufnahme vorhandener Sicherheiten sowie dem Kredit-Scoring anhand bonitätsrelevanter Kundenmerkmale.

Damit ist das Scoring zwar ein wichtiger Teil des Kreditvergabeprozesses, aber zumeist nicht allein ausschlaggebend für die Kreditentscheidung. Folglich wird die vor allem mit dem neuen Auskunftsanspruch in § 34 Abs. 1a BDSG-E intendierte Transparenz des Scorings nicht dazu führen, dass der Betroffene die score-gestützte Kreditentscheidung besser nachvollziehen kann. Vielmehr dürfte es dem Kunden eines Kreditinstituts vor allem darum gehen, das Gesamtergebnis des Kreditvergabeprozesses zu verstehen, bei dem das Scoring nur ein Teilaspekt ist. Deshalb hat der Zentrale Kreditausschuss folgende Alternativlösung zur Förderung der Akzeptanz des Kredit-Scorings bei den Kunden entwickelt, das weitaus geringeren gesetzlichen Änderungsbedarf zur Folge hat. Dies kommt auch in den Formulierungsvorschlägen in Kapitel III dieser Stellungnahme zum Ausdruck.

Alternativlösung des ZKA

- ***Nennung eines Ablehnungsgrundes für die Kreditvergabe***

Bei vielen Kreditablehnungen ist das Scoring-Verfahren nicht maßgeblich, sondern es liegt ein rechtlicher, wirtschaftlicher oder geschäftspolitischer Ausschlussgrund vor, beispielsweise die Geschäftsunfähigkeit des Kunden wegen Minderjährigkeit, eine Insolvenz, ein zu geringes Einkommen für die Erfüllung des Vertrages, das Über- oder Unterschreiten der betragsmäßigen Angebotsgrenzen, das Unterschreiten einer Mindestbeschäftigungsdauer

beim aktuellen Arbeitgeber, vorherige Vertragsverletzungen oder Nichtzugehörigkeit zum Zielkundensegment. Auf schriftliche Nachfrage wird dem Kunden – sofern zutreffend – mindestens ein maßgeblicher Ausschlussgrund genannt. Sofern das Ergebnis des Scoring-Verfahrens maßgeblich für die Kreditablehnung ist, so wird auch darüber der Kunde informiert.

- ***Überprüfungsmöglichkeit der Kreditentscheidung***

Der Kunde kann sich an eine vom Kreditinstitut zu benennende Stelle wenden, um die Kreditentscheidung überprüfen zu lassen. Eine solche Stelle kann der Kundenbetreuer, eine dem Kundenbetreuer vorgesetzte Person oder eine zentrale Stelle (z. B. Kreditkompetenzzentrum) sein. Kann dem Kreditwunsch des Kunden unter Berücksichtigung etwaiger Hinweise des Kunden trotz erneuter Überprüfung weiterhin nicht entsprochen werden, wird das Kreditinstitut dies dem Kunden nachvollziehbar begründen.

- **Fehlerkorrektur**

Der Kunde teilt den überwiegenden Teil der für die Kreditentscheidung maßgeblichen Informationen selber dem Kreditinstitut mit und auch die weiteren Datenquellen unterliegen einer wirksamen Qualitätskontrolle. Hat der Kunde gleichwohl die Vermutung, dass das Kreditinstitut seine Kreditentscheidung auf Basis einer fehlerhaften Datengrundlage getroffen hat, wird das Kreditinstitut – schon nach heutiger Rechtslage - auf schriftliche Nachfrage des Kunden Auskunft über die hierzu verwendeten Daten geben. Sollte das Kreditinstitut für die Kreditentscheidung Daten einer Auskunftsei (z. B. SCHUFA-Score) genutzt haben, kann es dem Kunden dies mitteilen und hinsichtlich weiterer Fragen an die Auskunftsei verweisen. Sollte der Kunde bei Prüfung seiner Daten Fehler feststellen, kann er diese bei dem Kreditinstitut bzw. bei der Auskunftsei korrigieren lassen. Auf Basis der korrigierten Daten wird das Kreditinstitut einen erneuten Kreditvergabeprozess durchführen.

3. Widersprüche bei den aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Scoring-Verfahren bei Kreditinstituten vermeiden

Mit § 28b Nr. 1 BDSG-E sollen im Datenschutzrecht Qualitätsanforderungen an Scoring-Verfahren geschaffen werden. Für viele der von Kreditinstituten betriebenen Kredit-Scoring-Verfahren gelten heute schon die diesbezüglichen Anforderungen im Bankaufsichtsrecht in § 10 Abs. 1 Satz 3 ff. KWG. Der Gesetzesentwurf beinhaltet die Gefahr, dass von der Bundesanstalt für

Finanzdienstleistungsaufsicht bankaufsichtlich als geeignet bewertete Verfahren von den auf Landesebene angesiedelten Datenschutzaufsichtsbehörden mit Hinweis auf ihre aus § 28b BDSG-E folgende Prüfungskompetenz in Frage gestellt werden. Die Möglichkeit einer solchen widersprüchlichen aufsichtsrechtlichen Lage führt letztendlich zu unlösbaren Konflikten und zu einer nicht tragbaren Lage für Kreditinstitute.

Lösung: Liegt bei Kreditinstituten eine bankaufsichtliche Begutachtung des Scoring-Verfahrens vor, so muss diese sogleich datenschutzrechtlich anerkannt werden.

4. Grenzen der Transparenz beim Kredit-Scoring aufgrund der Vertragsabschlussfreiheit und des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses des Unternehmens

Die Gesetzesvorlage möchte durch die Ergänzung von § 6a BDSG eine Begründungspflicht von Score-gestützten Kreditvergabeentscheidungen herbeiführen. Hierfür eine datenschutzrechtliche Zulässigkeitsnorm zu wählen, die zu einem Begründungszwang bei aus Sicht des Betroffenen negativen Entscheidungen führt, greift übermäßig in die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsabschlussfreiheit von Unternehmen ein. Denn der Kunde hat keinen Rechtsanspruch auf Abschluss eines Kreditvertrages mit einem Kreditinstitut. Das Kreditinstitut kann daher nicht in Gestalt einer datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsvorschrift verpflichtet werden, eine Kreditentscheidung begründen zu müssen¹.

Daneben verfolgt der Referentenentwurf weiter den Ansatz, dass Unternehmen die Gewichtung von Scoring-Merkmalen und das Zustandekommen des Score-Wertes gegenüber dem Betroffenen offenlegen müssen (vgl. § 34 Abs. 1a BDSG-E). Dabei negiert der Entwurf, dass ein solcher Auskunftsanspruch durch das verfassungsrechtlich geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnis des Unternehmens begrenzt wird. Denn die Details des Kredit-Scoring-Verfahrens (Berechnungsformel [Risikofaktoren und Gewichte], aber auch die Nennung einzelner ausgewählter Risikofaktoren) unterliegen dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der jeweiligen Kreditinstitute, um Entwicklungsstand, Funktionsweise und Güte des Verfahrens gegenüber Dritten zu schützen. Hiervon erfasst werden solche Informationen, die bei einer Offenlegung gegenüber jedermann eine Manipulation des Scorings ermöglichen könnten (Missbrauchsschutz), das Kalkulationsgeheimnis des Kreditinstituts beseitigen (Schutz der geschäftspolitischen Strategie der Kreditinstitute) oder Konkurrenten eine Nachahmung oder sonstiges wettbewerbswidriges Ausnutzen für eigene Zwecke (Konkurrentenschutz) ermöglichen. Insoweit geht der Gesetzentwurf

¹ In der vom ZKA vorgeschlagenen Alternativlösung (s.o.) kommt aber die Bereitschaft der Kreditwirtschaft zum Ausdruck, dem Kunden aus Akzeptanzgründen die wesentlichen Gründe für das negative Ergebnis darzulegen. Diese Begründung beruht aber auf einer verbraucherpolitischen Motivation und nicht auf einem Begründungszwang.

deutlich über vergleichbare Gesetze, wie das gerade erst in Kraft getretene Verbraucherinformationsgesetz oder das Umweltinformationsgesetz von 2004 hinaus, die das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis als Begrenzung des Auskunftsanspruchs ausdrücklich anerkennen (§ 2 Nr. 2 Buchstabe c VIG, § 9 Abs. 1 Nr. 3 UIG).

Lösung: Der Auskunftsanspruch des Betroffenen ist zu begrenzen (vgl. III.3.b der Stellungnahme).

5. Zusätzliche Einmeldungs Voraussetzungen für nicht rechtskräftig festgestellte, vom Betroffenen nicht bestrittene Forderungen an Auskunftsteile führen zu deutlichen Einbußen bei der Aussagekraft von Kreditauskünften

Das Erfordernis von zwei Mahnungen vor Weitergabe von Daten über nicht rechtskräftig festgestellte, vom Betroffenen nicht bestrittene Forderungen an Auskunftsteile (§ 28a Abs. 1 BDSG-E) verringert übermäßig die Aussagekraft der Datenbestände von Kreditauskunftsteilen. Denn durch die vorgesehene Verzögerung der Einmeldung um zwei Monate wird die Risikofrüherkennung für die Nutzer der Auskunftsteile erschwert. Zudem kann der Betroffene trotz zivilrechtlichem Zahlungsverzug eine Meldung über sein Zahlungsverhalten durch einfaches Bestreiten verhindern, womit den Nutzern von Kreditauskunftsteilen wichtige Informationen über das Zahlungsverhalten von Kunden entgehen. Auch der Zwang zum Aufbau eines zweigleisigen Mahnsystems nach Zivil- und Datenschutzrecht ist unverhältnismäßig aufwändig und verkennt, dass die Kreditauskunft bei der Darstellung des Zahlungsverhaltens durchaus nach Gründen differenziert, warum es bei der Person zu einem Zahlungsausfall bzw. zu Zahlungsverzögerungen gekommen ist. Das in dem Gesetzesvorschlag angenommene Problem der undifferenzierten und der damit unrichtigen Information in der Auskunftsteilendatenbank besteht daher nicht, zumal bei Wiederaufnahme der Zahlungen durch den Kunden auch Nachmeldungen erfolgen müssen, um den Datenbestand aktuell zu halten.

Lösung: Die Einmeldevoraussetzungen sollten den zivilrechtlichen Voraussetzungen für den Zahlungsverzug folgen (siehe hierzu III.2.a der Stellungnahme).

6. Europarechtliche Grenzen einhalten und Wettbewerbsverzerrungen im europäischen Wettbewerb vermeiden

Die Ausdehnung der Vorschriften zur automatisierten Einzelentscheidung auf „wesentlich“ automatisierte Vorgänge (§ 6a Abs. 1 BDSG-E) widerspricht der Vorgabe der EU-Datenschutzrichtlinie (Art. 15), wonach nur „ausschließlich“ automatisierte Einzelentscheidungen einem grund-

sätzlichen Verbot unterliegen sollen. Auch die beabsichtigten Übermittlungsvoraussetzungen für Daten aus untitulierten Forderungen an Auskunftsteien (§ 28a Abs. 1 BDSG-E) finden in der EU-Datenschutzrichtlinie keine Entsprechung. Vielmehr würden damit in Deutschland strengere Voraussetzungen aufgestellt, als in anderen EU-Mitgliedstaaten gelten. Die Rahmenbedingungen für das Kredit-Scoring und die Aussagekraft von Informationen aus deutschen Kreditauskunftsteien würde damit im internationalen Vergleich deutlich verschlechtert. Dies schafft Wettbewerbsnachteile gegenüber Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten.

Lösung: Verzicht auf Erweiterung von § 6a BDSG und sachgerechte Fassung von § 28a Abs. 1 BDSG-E (siehe III.1 und III.2.a der Stellungnahme).

7. Gesetzesvorhaben bevorzugt öffentlichen Bereich

Das Gesetzesvorhaben zielt auf Scoring-Verfahren im nicht-öffentlichen Bereich ab. Dies ist – soweit überhaupt Handlungsbedarf besteht – nicht konsequent. Denn auch im öffentlichen Bereich ist nicht auszuschließen, dass personenbezogene Scoring-Verfahren (z. B. im Personalwesen, im Bereich der Vergabe von öffentlichen Subventionen [Beihilfen]) zum Einsatz kommen, zumal der Automatisierungsgrad in der öffentlichen Verwaltung kontinuierlich aus Kostenersparnisgründen steigt. Ebenso wie die beabsichtigte Erweiterung des § 6a BDSG sowohl den öffentlichen als auch den nicht öffentlichen Bereich betrifft, müsste konsequenterweise auch bei den Auskunftsregeln für den öffentlichen Bereich in § 19 BDSG ein zusätzlicher Auskunftstatbestand für Scoring-Vorgänge etabliert werden.

Lösung: Anpassung von § 19 BDSG, wenn an der Erweiterung des Auskunftsanspruchs in § 34 BDSG festgehalten wird.

8. Erfassung von sonstigen rechnergestützten Instrumenten zur Umsetzung bankaufsichtlicher Vorgaben vermeiden

Von den Transparenzvorgaben dürfen nicht die bankaufsichtsrechtlich vorgegebenen bzw. gewünschten Geldwäscheresearch-Verfahren und Betrugspräventionssysteme von Kreditinstituten erfasst werden. Für solche Verfahren besondere Auskunftsrechte des Betroffenen (§ 34a Abs. 1a BDSG-E) vorzusehen, würde im Widerspruch zu den Geheimhaltungspflichten der Kreditinstitute aus dem Geldwäschegesetz stehen und im Übrigen die Wirksamkeit solcher vom Staat geforderten Verfahren konterkarieren.

Lösung: Klarstellung, dass Geldwäscheresearch-Verfahren und Betrugspräventionssysteme nicht erfasst werden.

9. Bürokratiekosten

Der Entwurf geht von Bürokratiekosten von 696.500 Euro für die *gesamte* Wirtschaft aus und knüpft diese lediglich an die angestrebten neuen Informationspflichten. Das Ergebnis dieser Schätzung ist viel zu gering und verschleiert die durch die Gesetzesänderung tatsächlich für Unternehmen entstehenden Kosten:

- Bei der Kostenermittlung sind klare Maßstäbe zu verwenden. So fehlt in der Kostenschätzung bereits die Bezugnahme auf einen bestimmten Zeitraum für die Zahl der prognostizierten Fälle. Auch sind die Fallzahlen, wenn man diese einem Jahreszyklus zuordnen würde, unrealistisch. Denn durch das Gesetzesvorhaben sind alleine schon etwa 2.000 Kreditinstitute in Deutschland betroffen, die in Bezug auf § 6a Abs. 2 BDSG-E im Durchschnitt sicherlich mehr als fünf Begründungsfälle haben werden.
- Neben den Kosten für die Erfüllung von Informationspflichten (Prozesskosten) werden auch Implementierungskosten (z. B. durch Änderung von Software in den Systemen der Unternehmen, erste Kostenschätzung im Millionenbereich bei einem größeren Kreditinstitut) und Risikoerhöhungskosten (z. B. durch Informationsgehalt von Kreditauskünften, Manipulationsgefahr beim Scoring) auftreten. In einer Gesetzesfolgenabschätzung müssten alle Kosten berücksichtigt werden, das heißt auch Kosten für
 - die Dokumentation des Mahn- und Informationsprozederes im Vorfeld einer Übermittlung an Auskunftsteien nach § 28a BDSG-E,
 - die Vorhaltung und Beschaffung von Daten zur Erfüllung der in § 34 Abs. 1a und 2a BDSG-E geschaffenen Auskunftsansprüche des Betroffenen,
 - die Pflicht von Auskunftsteien, einmal jährlich eine kostenlose Selbstauskunft erteilen zu müssen nach § 34 Abs. 5 Satz 1 BDSG-E,
 - das Erfordernis, das Bestehen des berechtigten Interesses mit Gewissheit feststellen zu können (§ 29 Abs. 2 BDSG-E) und
 - die Möglichkeit des Betroffenen, der Löschung von Daten bei Auskunftsteien nach drei Jahren widersprechen zu können (§ 35 Abs. 4 BDSG-E).

Nicht beziffert sind schließlich die negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen, die durch das Gesetz und dem mit ihm verbundenen Erschwerung der Gewinnung von Entscheidungsgrundlagen entsteht.

Der ZKA ist derzeit dabei, die aus dem Gesetzesvorhaben resultierenden Bürokratiekosten näher zu untersuchen und wird die Ergebnisse, sobald sie vorliegen, im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens einführen, um den tatsächlich aus dem Gesetzesvorhaben folgenden Aufwand zu beziffern.

Lösung: Vorlage einer belastbaren Kostenfolgenabschätzung durch das Ministerium.

III. Zu den einzelnen Regelungen im Gesetzentwurf

1. Änderung des § 6a BDSG (Art. 1 Nr. 2 BDSG-Änderungsgesetz)

a) § 6a Abs. 1 BDSG-E – Ausdehnung auf „wesentlich“ automatisierte Datenverarbeitungen

Nach § 6a Abs. 1 BDSG-E sollen in den Tatbestand der „automatisierten Einzelentscheidung“ auch solche Verfahren einbezogen werden, bei denen die Entscheidung auf einer „wesentlich“ automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt wird. Hierdurch soll offenbar erreicht werden, dass alle Scoring-gestützten Kreditentscheidungen in den Anwendungsbereich des § 6a BDSG fallen, unabhängig davon, ob die tatsächliche Kreditentscheidung vollautomatisiert oder letztendlich durch einen Menschen getroffen wird. Dieser Ansatz ist zu weitgehend:

aa. Unabsehbare Ausdehnung des Anwendungsbereichs

Während der sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift wegen des Merkmals „ausschließlich“ bislang eindeutig bestimmbar ist, würde mit der vorgesehenen Ergänzung erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen. So ist schon - wie bei dem in der Vorfassung verwendeten Begriff „überwiegend“ - unklar, ob der Begriff „wesentlich“ quantitativ oder/und qualitativ zu verstehen ist. Soll ein „wesentlich“ bereits gegeben sein, wenn 50,01 % der Verarbeitung automatisiert ist? Oder muss der Entscheidungsgehalt „wesentlich“ rechnergestützt bestimmt worden sein? Lässt sich der Grad der Automation einer Entscheidung überhaupt messen? Eine sachgerechte Auslegung der Vorschrift in der Praxis dürfte angesichts dieser Fragen kaum möglich sein. Auch ist nicht auszuschließen, dass mit der Ergänzung der Vorschrift noch ganz andere automatisierte Entscheidungshilfsmittel als das Scoring erfasst werden könnten.

Die Aussage in der Gesetzesbegründung, die Ergänzung des § 6a BDSG-E diene lediglich der Klarstellung, relativiert zwar das Ziel der Gesetzesänderung deutlich, aber sie deckt sich nicht mit dem Wortlaut der Änderung, die eindeutig zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs führt. Auch reflektiert die Gesetzesbegründung nur die wohl überwiegende Meinung in der rechtswissenschaftlichen Literatur zur heutigen Fassung des § 6a BDSG, dass eine „ausschließlich automatisierte Einzelentscheidung“ vorliegt, wenn eine lediglich formale Bearbeitung ohne Entscheidungsqualität durch einen Menschen nachgeschaltet ist (vgl. beispielsweise Bizer in Simitis, Kommentar zum BDSG, 6. Auflage 2006, § 6a Rdnr. 27). Ein Klarstellungsbedarf ist damit nicht erkennbar.

Sollte jedoch an der Ergänzung des § 6a Abs. 1 BDSG festgehalten werden, dann sollte in der Gesetzesbegründung zur Vermeidung von Abgrenzungsfragen ergänzend zum Ausdruck kommen, dass bei einer Kreditvergabeentscheidung durch einen Kompetenzträger im Institut, dessen Kompetenz und damit Verantwortung für die Kreditvergabe im Rahmen von Kredithandbüchern bzw. Organisationsrichtlinien entsprechend der Vorgaben der „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ (MaRisk) festgelegt wurde und der über einen Entscheidungsspielraum verfügt, nicht von einer automatisierten Einzelentscheidung im Sinne des § 6a BDSG ausgegangen werden kann.

bb. Unvereinbarkeit mit der EU-Datenschutzrichtlinie

Die Ausdehnung des Anwendungsbereiches von § 6a Abs. 1 BDSG auf „wesentlich“ automatisierte Einzelentscheidungen steht im Widerspruch zu Art. 15 der Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 (EU-Datenschutzrichtlinie). Nach dieser Richtlinie sollen von der strengen Regelung des Art. 15 lediglich Einzelentscheidungen erfasst sein, die „ausschließlich aufgrund einer automatisierten Verarbeitung von Daten“ getroffen wurden. Hintergrund dieser Norm ist, nur solche Entscheidungen unter ein besonderes Zulässigkeits-Regime zu stellen, die ausschließlich von einem Rechner getroffen werden und eine nachteilige Wirkung für den Betroffenen entfalten. Solange jedoch die Letztverantwortlichkeit noch bei einem menschlichen Entscheidungsträger verbleibt, geht die Richtlinie von keinem besonderen Schutzbedarf für den Betroffenen aus.²

Dieses Prinzip wird mit der vorgesehenen Erweiterung übersprungen, um als Mittel zum Zweck die Rechtsfolgen der Vorschrift auf *jede* Scoring-gestützte Entscheidung zu erweitern. Eine solche Ausweitung des Anwendungsbereiches widerspricht somit geltendem EU-Recht und ist auch nicht durch die in Art. 5 der EU-Datenschutzrichtlinie den Mitgliedstaaten eingeräumte Regelungs-

² So auch die Gesetzesbegründung zur Umsetzung der EU-Datenschutzrichtlinie, BT-Drs. 14/4329, S. 37.

kompetenz gerechtfertigt, wonach die Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Richtlinie die Voraussetzungen näher bestimmen können, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist. Nach allgemeiner Auffassung betrifft dies nicht die Ausdehnung des Anwendungsbereiches von Vorschriften der Richtlinie, sondern allenfalls die Rechtsfolgende.

Neben diesem formalen Aspekt ist ferner zu berücksichtigen, dass die vorgeschlagene Erweiterung des § 6a BDSG im Widerspruch zu der mehrfach von der Bundesregierung formulierten Zielsetzung steht, EU-Richtlinien nur noch gemäß den europarechtlichen Mindestanforderungen umzusetzen zu wollen („1:1 Umsetzung“) und auf überschießende Regelungen zu verzichten. Dieses Prinzip ist auch wohl begründet, denn jede Abweichung stellt neue rechtliche Hindernisse im EU-Binnenmarkt auf. Erklärtes Ziel der EU-Datenschutzrichtlinie ist es, die Unterschiede in den nationalen Datenschutzrechten der Mitgliedstaaten zu überbrücken. Im konkreten Fall würden für deutsche Kreditinstitute strengere Anforderungen gelten, als für Unternehmen in anderen EU-Mitgliedstaaten. Eine Verzerrung des Wettbewerbs innerhalb der Europäischen Union wäre die Folge.

cc. Transparenz als Regelungsziel bedarf nicht der Umsetzung in einer Erlaubnisnorm

Für die Verwirklichung des angestrebten Ziels der Verbesserung der Transparenz dürfte es auch ein unangemessener Ansatz sein, hierfür eine Norm zur Zulässigkeit von Datenverarbeitungen wie § 6a BDSG zu nutzen. Denn es soll wohl auch nach den Vorstellungen des Innenministeriums die Nutzung von Scoring-Verfahren nicht generell durch strengere Zulässigkeitsvoraussetzungen sanktioniert werden. Für die Schaffung von mehr Transparenz würde es völlig ausreichen, die diesbezügliche Norm in § 34 BDSG anzupassen bzw. eine besondere Transparenzregel zu schaffen.

Änderungsvorschlag:

Von der angestrebten Änderung des § 6a Abs. 1 BDSG sollte abgesehen werden.

b) § 6a Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E – Etablierung einer Begründungspflicht

Sofern dem Begehren des Betroffenen mit der (halb-)automatisierten Entscheidung nicht stattgegeben wird, soll diese nach § 6a Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E zukünftig nur noch zulässig sein, wenn dem Betroffenen neben anderen Informationen in jedem Fall „die wesentlichen Gründe für diese Entscheidung mitgeteilt werden“.

aa. Vereinbarkeit mit EU-Datenschutzrichtlinie

Wie bereits oben ausgeführt, ist es schon fraglich, ob der deutsche Gesetzgeber überhaupt von Art. 15 der EU-Datenschutzrichtlinie abweichen kann, denn die Richtlinie sieht eine solche Begründungspflicht gerade nicht vor. Vielmehr soll der Betroffene nur die Möglichkeit einer erneuten „menschlichen“ Entscheidung erhalten. Die konkrete automatisierte Einzelentscheidung muss gerade nicht begründet werden.

bb. Begründungspflicht greift in Vertragsautonomie ein

Mit der Ergänzung von § 6a Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E wird die Grenze dessen überschritten, was bislang Regelungsgegenstand des Datenschutzrechts ist. Die vorgesehene Begründungspflicht richtet sich nicht auf einen Datenverarbeitungsvorgang, sondern auf das Ergebnis eines Prozesses der Bewertung persönlicher Angaben des Kunden, der nach der vorgesehenen Erweiterung von § 6a Abs. 1 BDSG-E nicht einmal mehr vollautomatisiert sein braucht. In Bezug auf das Kredit-Scoring bedeutet dies, dass das Kreditinstitut damit verpflichtet würde, seine Entscheidung über den Abschluss oder die Ausgestaltung eines Vertrages rechtfertigen zu müssen. Der Kern des Begründungsanspruches ist damit nicht im Datenschutzrecht, sondern im Zivilrecht zu sehen.

Berücksichtigt man, dass nach den Prinzipien einer freien Wirtschaftsordnung und dem verfassungsrechtlich abgedeckten Grundsatz der Vertragsautonomie der Abschluss eines Vertrages von einer Partei auch ohne Angabe von Gründen verweigert werden kann, außer es besteht ein – gesetzlich festgelegter – Kontrahierungszwang, wird deutlich, dass § 6a Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E unmittelbar in die Vertragsabschlussfreiheit des Kreditinstituts eingreift. Denn ein Recht des Kunden auf Kredit bzw. eine Rechtfertigungspflicht des Kreditinstituts besteht gerade nicht. Deshalb ist höchst fraglich, ob die im Rahmen einer datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsregelung vorgesehene Begründungspflicht einer Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen – informationelles Selbstbestimmungsrecht des Kunden und Vertragsautonomie des Unternehmens - standhalten könnte.

Wie oben bereits in Kapitel II. 2. im Alternativkonzept dargelegt, steht die Kreditwirtschaft der verbraucherpolitischen Forderung offen gegenüber, dem Kunden auf Nachfrage eine aus seiner Sicht negative Kreditentscheidung zu erläutern. Jedoch sollte diese Hilfestellung nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung in § 6a Abs. 2 BDSG Eingang finden, sondern allenfalls im Bereich der Vorschriften zu Informationspflichten in sachgerechter Weise geregelt werden, ohne die Vertragsabschlussfreiheit des Unternehmens zu negieren (vgl. Formulierungsvorschlag zu § 34 BDSG in Kapitel III.3.b der Stellungnahme).

cc. Begründungsbedarf und Bereitstellung der Begründung

Selbst wenn man in § 6a Abs. 2 BDSG eine – im Lichte der Vertragsautonomie sehr fragwürdige – Begründungspflicht des Kreditinstituts etablieren wollte, dürfte diese allenfalls *bedarfsbezogen* ausgerichtet sein. Denn aus der Kreditvergabepraxis besteht die allgemeine Erfahrung, dass die überwiegende Zahl der Kunden, deren Kreditwunsch abgelehnt wird, die Entscheidung des Kreditinstituts nicht hinterfragt. Dies liegt nicht daran, dass die Kunden eine Nachfrage scheuen, sondern daran, dass der Kunde selber schon die begründete Vermutung hat, aufgrund seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht unbedingt einen Kredit bekommen zu können. In solchen Fällen wäre es ein unverhältnismäßiger Aufwand für das Kreditinstitut, dem Kunden eine Begründung quasi aufdrängen zu müssen.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass der von § 6a BDSG-E erfasste Entscheidungsvorgang sich nicht unbedingt in der Geschäftsstelle des Kreditinstituts abspielt. Score-gestützte Entscheidungsvorgänge können auch in Geschäftssituationen im Internet oder im Handel („point of sale“) auftreten. Will der Kunde beispielsweise bei einem Elektronikfachhändler ein Fernsehgerät auf Kredit kaufen und bedient sich der Händler dabei an der Kasse „online“ einer Kreditfinanzierung durch ein Kreditinstitut, bei der eine Score-gestützte Entscheidung erfolgt, dann würde nach dem bisherigen Wortlaut bei einer Kreditablehnung „online“ eine schriftliche Begründung des Kreditinstituts aus dem Händlerrechner bzw. dem angeschlossenen Drucker kommen müssen. Mit der Begründung würden gegenüber dem Händler sensible Daten über den Kunden offenbart, der als erstes die Begründung in der Hand halten dürfte. Eine solche Situation ist mit den Geheimhaltungsinteressen des Kunden unvereinbar. Deshalb sollte es ausreichen, dass der Kunde nur auf dessen schriftliche Nachfrage bei dem Kreditinstitut von dieser unmittelbar – z. B. per Briefpost – die Ablehnungsbegründung erhält.

Folglich sollte nur auf schriftliche Nachfrage des Kunden eine Begründung erfolgen müssen.

dd. Vergleich mit § 34 Abs. 1a BDSG-E

Ein vergleichender Blick in § 34 BDSG-E macht ferner einen Wertungswiderspruch zu § 6a Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E deutlich. Während sich die Pflicht zur Begründung einer Entscheidung nach § 6a BDSG-E durch die rechtstechnische Verortung richtigerweise nur auf ablehnende bzw. rechtlich erhebliche Entscheidungen bezieht, gehen die Auskunftsrechte nach § 34 BDSG-E weit darüber hinaus. Dadurch, dass in § 34 Abs. 1a BDSG-E lediglich auf den neuen § 28 b BDSG-E verwiesen wird und eine Referenz zu Entscheidungen nach § 6a BDSG völlig fehlt, ist über § 34 BDSG-E über alle (!) Score-gestützten Entscheidungen (auch positive Entscheidungen) entsprechend

Auskunft zu erteilen. Eine Anpassung des § 34 BDSG-E ist daher dringend geboten (s. dazu Kapitel III.3.b der Stellungnahme).

Änderungsvorschlag:

- Von der angestrebten Änderung des § 6a Abs. 2 Satz 1 BDSG sollte abgesehen werden.
- Wenn diese Änderung gleichwohl weiterverfolgt werden sollte, sollte die Formulierung besser lauten:

„In Abs. 2 Satz 1 werden die Wörter „mitgeteilt wird“ durch die Wörter „sowie auf schriftliche Nachfrage des Betroffenen und soweit gesetzlich zulässig die wesentlichen Gründe dieser Entscheidung mitgeteilt werden.“

c) Zwischenergebnis

Insgesamt ist es aufgrund der obigen Ausführungen alleine sachgerecht, § 6a BDSG unangetastet zu lassen. Besondere Transparenzpflichten zum Scoring sollten allenfalls bei den Auskunftsregeln in § 34 BDSG Eingang finden. Dazu verweisen wir auf unsere Ausführungen in Kapitel III.3.b der Stellungnahme.

2. Änderung des § 28 BDSG (Art. 1 Nr. 3 BDSG-Änderungsgesetz)

a) § 28a Abs. 1 BDSG-E – Zulässigkeit der Übermittlung von Daten über unbestrittene Forderungen an Auskunftfeien

aa. Erforderlichkeit der Gesetzesänderung

Entgegen der Begründung gibt es hinsichtlich der Zulässigkeit der Übermittlung von Daten über nicht titulierte Forderungen eine gefestigte, höchstrichterliche Rechtsprechung (vgl. bereits BGH III ZR 159/82), so dass die mit dem Gesetzesvorschlag angestrebte Rechtssicherheit schon seit langem besteht. So ist seit langem unstrittig, dass Datenübermittlungen über nichtvertragsgemäßes Verhalten an Auskunftfeien nur dann zulässig sind, wenn diese Informationen tatsächlich Rückschlüsse auf Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit zulassen. In diesen Fällen geht die Interessenabwägung in aller Regel zu Lasten des Betroffenen

aus, da dieser kein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung seiner Zahlungsunwilligkeit oder –unfähigkeit hat. Beispielsweise hat die SCHUFA diese Meldevoraussetzungen in ihren AGB festgeschrieben und diese werden von den Kreditinstituten als Teilnehmer am SCHUFA-Verfahren auch eingehalten. In der SCHUFA-Auskunft kommt auch klar zum Ausdruck, dass die Information zum Zahlungsverhalten des Betroffenen auf Nichtzahlung einer untitulierten Forderung beruht. Ein Regelungserfordernis besteht entgegen der Begründung somit gerade nicht.

Weiterhin wird als wesentliches gesetzgeberisches Motiv für die Regelungen angeführt, dass es gelte, dem Betroffenen vor Meldung die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. Hierzu reicht aber eine Unterrichtung im Rahmen einer (zivilrechtlichen) Mahnung völlig aus. Die Gesetzesbegründung (S. 9 Mitte) ist insoweit nicht nachvollziehbar und eine zweite Mahnung überflüssig. Zudem erscheint das Abstellen auf das formale Einhalten eines Mahnprozesses jedenfalls dann sinnwidrig, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit des Betroffenen bereits aus anderen Umständen ergibt, in dem er z. B. die Zahlung mit Blick auf eine bevorstehende oder bereits beantragte Insolvenz verweigert, ohne die Forderung an sich ausdrücklich anzuerkennen.

bb. Verhältnis von zivilrechtlichen und datenschutzrechtlichen Mahnungen

Die Voraussetzung von zwei Mahnungen als Meldevoraussetzung an Auskunftsteien geht über das zivilrechtliche Maß für den Eintritt eines Zahlungsverzugs hinaus. Schon nach der bisherigen Rechtsprechung ist ein Rückschluss auf Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit in aller Regel dann möglich, wenn es sich um eine unbestrittene und ausreichend angemahnte Forderung handelt, die der Betroffene ohne Angabe von Gründen nicht zahlt. Allerdings kann dabei nicht jedes Bestreiten automatisch zur Unzulässigkeit einer Übermittlung führen (vgl. OLG Frankfurt, 23 U 155/03: im dort entschiedenen Fall war nur ein geringer Teil der Forderung streitig, der Betroffenen zahlte jedoch auch den unstreitigen Teil trotz einer von ihm selbst angebotenen Ratenzahlung offenkundig aufgrund bestehender Zahlungsunfähigkeit nicht).

Die Gesetzesbegründung (S. 10 oben) will aber den zivilrechtlichen Zahlungsverzug alleine nicht dafür ausreichen lassen, dass Daten über nicht erfüllte Forderungen an eine Auskunftstei fließen, sondern stellt ein eigenständiges datenschutzrechtliches Mahnregime auf. Für einmeldende Kreditinstitute führt die Etablierung eines solch zweigleisigen Mahnsystems zu unnötigem Mehraufwand und ist unter dem Aspekt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung inakzeptabel.

cc. Erfordernis der doppelten datenschutzrechtlichen Mahnung

Faktisch bedeutet das doppelte Mahnerfordernis, dass die Information der Auskunfteien über eine nicht ordnungsgemäße Vertragsabwicklung durch den Kunden um mindestens acht Wochen verzögert wird. Damit würden Kreditgebern unnötig lange, die Kreditwürdigkeit eines Kunden beeinflussende Informationen vorenthalten. Bestimmten Kundenkreisen würden damit weitere Verschuldungsmöglichkeiten eröffnet, obwohl deren tatsächliche wirtschaftliche Situation im Zeitpunkt einer sonstigen Kreditaufnahme eine solche Verhaltensweise nicht mehr rechtfertigen würde. Schuldner werden zum Nachteil der gesamten Wirtschaft mit Leichtigkeit trotz bestehender Zahlungsunfähigkeit, die der BGH bereits dann annimmt, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die benötigten liquiden Mittel innerhalb von drei Wochen zu beschaffen (BGH WM 2005, 1468), weitere Kredite zur Befriedigung der alten Verbindlichkeiten aufnehmen können. Die Verschuldungsspirale, die die Verbraucherschutzverbände der Kreditwirtschaft oft genug vorhalten, wird durch die neue Regelung gefördert. Der Kreditwirtschaft wird eine – durch die neue EU-Verbraucherkreditrichtlinie geforderte – verantwortungsvolle Kreditvergabe innerhalb der angestrebten Frist von zwei Monaten deutlich erschwert.

dd. Eingriff in das Verbraucherdarlehensrecht

Die in § 28a Abs. 1 BDSG-E vorgeschlagenen Meldevoraussetzungen sehen eine deutliche Verschärfung gegenüber der bisherigen (mit der Datenschutzaufsicht abgestimmten) Praxis vor und führen im Ergebnis zu einer materiell-rechtlichen Änderung des Verbraucherdarlehensrechts, insbesondere des § 498 BGB (Kündigung wegen Zahlungsverzugs). Diese Vorschrift berücksichtigt bereits die berechtigten Interessen des Verbrauchers, um ihn vor den Folgen des Zahlungsverzugs und einer sofortigen Kündigung des Ratenkredits zu schützen. Ist das Kreditinstitut aber berechtigt, nach dieser Vorschrift zu kündigen, gibt es ein gegenüber dem Verbraucherinteresse überwiegendes berechtigtes Interesse anderer Marktteilnehmer, Kenntnis davon zu bekommen, dass der Verbraucher seinen Zahlungspflichten nicht nachgekommen ist und der Kredit gekündigt wurde.

Sollte eine zivilrechtlich wirksame Kündigung zukünftig aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht gemeldet werden können, würde die Funktion einer Kreditauskunftei erheblich eingeschränkt und die Kreditgeber könnten ihrer Pflicht, die Kreditwürdigkeit des Kunden sorgfältig zu prüfen, nicht mehr in dem Maße nachkommen wie heute. Die von Seiten der Verbraucherschutzverbände immer wieder reklamierte Gefahr der Überschuldung privater Haushalte dürfte damit eher wachsen, anstatt zu sinken.

ee. Bereits einfaches Bestreiten kann zum Übermittlungsverbot führen

Nach dem Gesetzeswortlaut könnte bereits ein einfaches Bestreiten der Forderung genügen, um die Meldung an die Auskunftstelle zu verhindern. Damit würde einem Missbrauch durch zahlungsunwillige Schuldner Tür und Tor geöffnet. Lediglich in der Gesetzesbegründung (vgl. Seite 10 Abs. 3) auf ein substantiiertes Bestreiten abzustellen, dürfte nicht ausreichen, sondern das Erfordernis eines substantiierten Bestreitens müsste zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit im Gesetzestext selber aufgenommen werden.

ff. Zwischenergebnis

Insgesamt würde durch die Regelung des § 28a BDSG-E der Kreditwirtschaft eine wesentliche Erkenntnisquelle über das Zahlungsverhalten von (Neu-)Kunden verschlossen, was letztlich über höhere Risikoprämien kompensiert werden müsste, deren Kosten alle Verbraucher zu tragen hätten. Soweit überhaupt der Regelungsansatz in § 28a BDSG-E weiterverfolgt werden sollte, ließen sich durch folgende Regelung die Ziele des Gesetzgebers und die Bedürfnisse der Wirtschaft angemessen in Einklang bringen:

Formulierungsvorschlag

„Die Übermittlung von Daten über offene Forderungen gegen Personen, die noch nicht nach den §§ 704, 794 ZPO der Zwangsvollstreckung unterliegen, an Stellen, die personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zwecke der Übermittlung speichern, ist zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle oder eines Dritten erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegt. Insbesondere in den Fällen, in denen der Betroffene

- 1. nach Eintritt des Verzugs nicht noch einmal schriftlich gemahnt oder*
 - 2. von der bevorstehenden Übermittlung nicht unterrichtet worden ist oder*
 - 3. die Forderung substantiiert bestritten hat,*
- ist anzunehmen, dass das Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung überwiegt. Satz 2 Nr. 1 bis 3 gelten nicht, wenn der Betroffene die Forderung anerkannt oder seine Zahlungsunfähigkeit erklärt hat.“*

b) § 28a Abs. 2 Sätze 1 und 2 BDSG-E – Übermittlung von Positivdaten an Auskunfteien

Die Einführung eines allgemeinen Erlaubnistatbestandes für die Übermittlung und Nutzung sog. Positivdaten eines Kreditvertrags erscheint auf den ersten Blick vorteilhaft. Allerdings werden Kreditinstitute weiterhin aufgrund des Bankgeheimnisses (vgl. Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken, Nr. 1 Abs. 1 AGB-Sparkassen) eine – nicht formgebundene – Einwilligung vom Kunden einholen. Die Gesetzesänderung darf deshalb nicht im Umkehrschluss zur Folge haben, dass für den erfassten Anwendungsbereich keine Einwilligungserklärungen mehr verwendet werden dürfen.

Weiter ist nicht ersichtlich, warum die Vorschrift auf Kreditinstitute und hierbei auf Verträge im Bereich Kredit-, Garantie- und Girogeschäft beschränkt sein soll. Schon das in der Gesetzesbegründung angenommene Freiwilligkeitsproblem kann nicht überzeugen, insbesondere wenn dieses bei Kreditverträgen angesiedelt wird. Auch hier liegt wieder eine auf das Datenschutzrecht verengte Sichtweise vor. Denn der Kunde ist im Rahmen seiner negativen Vertragsfreiheit keineswegs verpflichtet, ein Vertragsverhältnis mit dem Kreditinstitut zu begründen. Mithin besteht auch kein die Freiwilligkeit ausschließender Zwang zur Zeichnung der SCHUFA-Klausel. Würde man jedoch dem Freiwilligkeitsargument folgen, dann ist nicht erkennbar, warum dieses nur bei Geschäften mit Kreditinstituten und nicht etwa bei Kauf eines preislich subventionierten Mobiltelefons mit einem längerfristigen Telekommunikationsvertrag relevant sein soll. Bei Weiterverfolgung des Regelungsansatzes wäre es daher nur konsequent, die Regelung generell zu fassen und nicht auf bestimmte Unternehmen oder Geschäfte zu beschränken.

In § 28 Abs. 2 S. 2 BDSG-E ist eine Unterrichtungspflicht gegenüber dem Betroffenen über den in Satz 1 neu geschaffenen Erlaubnistatbestand vorgesehen. Damit würde die für die Wirtschaft beabsichtigte Vereinfachung bei der Datenverwendung wieder ein Stück zurückgenommen.

Änderungsvorschlag

„Zum Zwecke der Übermittlung nach § 29 Abs. 2 BDSG dürfen personenbezogene Daten über die Aufnahme, Abwicklung oder Beendigung eines konkreten Vertragsverhältnisses nach Maßgabe des § 28 Abs. 1 Nr. 2 oder § 28 Abs. 3 Nr. 1 BDSG übermittelt werden. Die Legitimation der Übermittlung über eine Einwilligung nach §§ 4 Abs. 1 und 4a BDSG bleibt unberührt.“

c) § 28a Abs. 2 Satz 3 BDSG-E – Verbot der Übermittlung von Daten aus einer Konditionenanfrage an Auskunfteien

Das vorgesehene Verbot der Übermittlung von Daten aus einer so genannten Konditionenanfrage des Kunden an Auskunfteien dürfte über das vom Ministerium selbst gesetzte Regelungsziel weit hinausschießen. Denn nach der bisherigen Diskussion, auch mit den Datenschutzaufsichtsbehörden, wird nicht die Datenübermittlung als solche in Frage gestellt, sondern die Verwendung von Daten aus Konditionenanfragen in Scoring-Verfahren der Auskunfteien soll unterbunden werden. Dazu würde es völlig ausreichen, ein Nutzungsverbot zum Zwecke des Scorings zu etablieren.

Ein Übermittlungsverbot hätte zudem zur Folge, dass das Kreditinstitut überhaupt keine SCHUFA-Anfrage mehr bei der Konditionenanfrage eines Kunden tätigen könnte, denn es dürfte diesen Auskunftgrund nicht mehr der Auskunftei übermitteln. Damit würden in der Konsequenz Konditionenanfragen von Kunden zum Zwecke des Marktvergleichs deutlich erschwert. Denn das Kreditinstitut wird in der Regel kein aussagekräftiges und verbindliches Kreditangebot ohne Konsultation der Auskunftei machen wollen.

Beispielsweise kann die SCHUFA-Auskunft einen zentralen Baustein für die Berechnung von Angebotskonditionen darstellen. SCHUFA-Daten können jedoch nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses des Kreditinstituts abgerufen werden, was die Speicherung des Anfragegrundes notwendig macht. In Verbindung mit den in § 29 Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E verschärfte Bedingungen für die erforderlichen Stichproben zur Prüfung des berechtigten Interesses, bei denen das berechtigte Interesse mit Bestimmtheit festgestellt werden muss, würde das Verfahren der SCHUFA-Anfrage im Rahmen der Konditionenermittlung als Ganzes in Frage gestellt, die in der Vorphase des Vertragsabschlusses von besonderer Bedeutung ist.

d) § 28b BDSG-E – Anforderungen an Scoring-Verfahren

aa. Verhältnis zu § 10 Abs. 1 S. 3 ff. KWG

Wie oben bereits unter II.3 der Stellungnahme dargelegt, darf es nicht zu Widersprüchen bei aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Scoring-Verfahren von Kreditinstituten kommen. Zwar bildet § 28b Nr. 2 BDSG-E durchaus eine Brücke zum Bankaufsichtsrecht, so dass die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von Kredit-Scoring-Verfahren der Kreditwirtschaft nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 3 ff. KWG zulässig wäre.

§ 28b BDSG-E darf aber nicht hinter die auf Kreditinstitute zugeschnittene Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 3 ff. KWG zurückfallen, die zur Umsetzung von „Basel II“ von zentraler Bedeutung ist. So dürfen nach § 10 Abs. 1 Satz 5 KWG zur Entwicklung und Weiterentwicklung von Rating-Systemen neben solchen Daten, die unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Bestimmung und Berücksichtigung von Adressenausfallrisiken erheblich sind, auch Daten erhoben und verwendet werden, die bei nachvollziehbarer wirtschaftlicher Betrachtungsweise für die Bestimmung und Berücksichtigung von Adressenausfallrisiken erheblich sein können. § 28b BDSG-E darf diesen Vorgang nicht anders bewerten. Darüber hinaus erlaubt § 10 Abs. 1 Satz 6 KWG zur Bestimmung von so genannten Adressenausfallrisiken ausdrücklich die Erhebung von Daten, die den Kategorien

- „Einkommens-, Vermögens- und Beschäftigungsverhältnisse“,
- „Zahlungsverhalten und Vertragstreue des Betroffenen“,
- „vollstreckbare Forderungen sowie Zwangsvollstreckungsverfahren und -maßnahmen gegen den Betroffenen“ und
- „Insolvenzverfahren über das Vermögen des Betroffenen“

zugerechnet werden können.

Folglich muss in § 28b BDSG-E zum Ausdruck kommen, dass für Kreditinstitute die Spezialregel in § 10 Abs. 1 Satz 3 ff. KWG weiterhin maßgeblich ist.

Zudem bergen die in § 10 Abs. 1 Satz 3 ff. KWG und § 28b Nr. 1 BDSG-E geregelten Voraussetzungen für Scoring-Verfahren die Gefahr, dass Kredit-Scoring-Systeme sowohl von der Bankenaufsicht als auch von der auf Landesebene organisierten Datenschutzaufsicht auf Eignung geprüft werden und die Behörden dabei zu widersprüchlichen Bewertungsergebnissen kommen. Damit würden für Kreditinstitute unlösbare Konflikte entstehen, die den Betrieb von Scoring-Verfahren in Frage stellen und zu großen Nachteilen für die betroffenen Kreditinstitute führen würden. Es muss daher weiter das Prinzip gelten, dass über die Eignung und Qualität von den der Bankenaufsicht unterliegenden Scoring-Verfahren vorrangig die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) entscheidet. Nur so ist einheitliches staatliches Verwaltungshandeln gewährleistet, unterschiedliche aufsichtsrechtliche Bewertungen wären nicht hinnehmbar. Wie auch bei anderen verwaltungsrechtlichen Erlaubnisvorgängen haben sich betroffene Behörden im Innenverhältnis zu einigen, etwaige Bewertungsunterschiede dürfen nicht zu Lasten von Unternehmen gehen.

bb. Definition des Begriffs „Scoring“

Die Definition, wonach „*Scoring ein mathematisch-statistisches Verfahren, mit dem die Wahrscheinlichkeit, mit der eine bestimmte Person ein bestimmtes Verhalten zeigen wird, berechnet werden kann*“ trifft nur bedingt zu. Diese Definition stellt nur auf die Zahlungswilligkeit ab, während ein Kundenausfall auch auf Zahlungsunfähigkeit zurückgehen kann. Deshalb ist die folgende Formulierung besser zur Charakterisierung von Scoring-Verfahren geeignet:

„Scoring ist ein mathematisch-statistisches Verfahren unter Nutzung personenbezogener Daten eines Betroffenen oder sonstiger Daten, das eine Aussage über die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Verhaltens einer Personengruppe, der der Betroffene angehört, oder zukünftiger Ereignisse bei einer Personengruppe, der der Betroffene angehört, trifft (z. B. Zahlungsunfähigkeit)“.

cc. Scoring sollte auch durch Einwilligung legitimierbar sein

Die Formulierung von § 28b Nr. 2 BDSG-E könnte dahingehend interpretiert werden, dass eine Einwilligung das Scoring nicht legitimieren kann. Dass stände aber im Widerspruch zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen in § 4 Abs. 1 BDSG. Daher sollte in § 28b Nr. 2 BDSG auch die Einwilligung als Zulässigkeitsvoraussetzung Erwähnung finden.

dd. Anwendungsbereich in Gesetzesbegründung klarstellen

Gegenüber dem ersten Referentenentwurf ist der Anwendungsbereich von § 28b BDSG-E erheblich präziser gefasst, indem er sich auf „Scoring“ als Zukunftsprognose in Bezug auf eine Vertragssituation („Aufnahme, Abwicklung oder Beendigung eines konkreten Vertragsverhältnisses“) beschränkt. Damit dürften – gemäß der Anmerkung in der ZKA-Stellungnahme vom 12. Oktober 2007 – EDV-Researchsysteme zur Erkennung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nicht mehr erfasst sein, die die Kreditinstitute nach den Vorschriften des Geldwäschegesetzes und des § 25a Abs. 1 Nr. 6 KWG vorhalten müssen. Eine Unterrichtung des Betroffenen über die Ergebnisse dieser Verfahren ist offensichtlich nicht gewollt und widerspräche auch den geldwäscherechtlichen Bestimmungen. Gleiches gilt für bankaufsichtsrechtlich gewünschte Risikopräventionssysteme. In der Gesetzesformulierung und -begründung sollte dieser Aspekt aber klargestellt werden.

Formulierungsvorschlag

§ 28b Scoring

Wahrscheinlichkeitswerte für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten einer Personengruppe, der der Betroffene angehört, dürfen für die Entscheidung über die Aufnahme, Abwicklung oder Beendigung eines konkreten Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen nur verwendet werden, wenn

- 1. die zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswertes genutzten Daten unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sind und*
- 2. die Nutzung der personenbezogenen Daten aufgrund **einer Einwilligung des Betroffenen oder** nach diesem Gesetz oder einer anderen Rechtsvorschrift zulässig ist und*
- 3. im Falle der Nutzung wohnort-bezogener Daten der Betroffene vor Erstellung des Wahrscheinlichkeitswerts von der vorgesehenen Nutzung dieser Daten nachweislich unterrichtet wurde.*

Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 können von Kreditinstituten auch durch Beachtung der Voraussetzungen in § 10 Abs. 1 Sätze 3 bis 8 KWG erfüllt werden.

3. Änderung des § 34 BDSG (Art. 1 Nr. 5 BDSG-Änderungsgesetz)

a. § 34 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E – Begrenzung des Auskunftsanspruchs durch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Das Interesse der Auskunftsei an der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses wird durch die vorgesehene ergänzende „Klarstellung“ zum Ausnahmefall herabgestuft. Damit handelt es sich entgegen der Begründung (S. 15 oben) auch nicht nur um eine Klarstellung, sondern um eine drastische Verschärfung. Das Unternehmen trägt damit auch die Beweislast für das Vorliegen der besonderen Umstände. Eine entsprechende Verschärfung findet sich in § 34 Abs. 2 Satz 2 neu. Da auch aus der Begründung nicht erkennbar ist, warum diese Verschärfung eingeführt wird, sollten beide Neuregelungen wieder gestrichen werden.

Änderungsvorschlag

Streichung der Ergänzung.

b. § 34 Abs. 1a BDSG-E – Pflicht zur Offenlegung von Datenarten und deren Gewichtung beim Scoring

a) EU-rechtliche Grenzen

Jeder betroffene Kunde soll bei eingesetzten Scoring-Verfahren innerhalb von sechs Monaten einen Anspruch darauf erhalten, über den verwandten Wahrscheinlichkeitswert Auskunft zu bekommen. Hierbei sollen die dem Verfahren zur Berechnung dieses Werts genutzten, für das Ergebnis wesentlichen Datenarten einschließlich deren Gewichtung, soweit deren Kenntnis zur Interpretation des Ergebnisses erforderlich ist, mitgeteilt werden. Die EU-Datenschutzrichtlinie sieht eine so weitgehende Informationspflicht nicht vor. Art. 12 der Richtlinie beschränkt die Informationspflicht in erster Linie auf eine Mitteilung in verständlicher Form über die Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, und deren Empfänger. Weiter wird noch eine Auskunft über den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung der die Kunden betreffenden Daten gefordert, wenn eine automatisierte Entscheidung im Sinne von Art. 15 der Richtlinie vorliegt. Die Auskunft über den logischen Aufbau der automatisierten Entscheidung beinhaltet aber keineswegs die Pflicht einer Auskunft über die dahinterliegenden mathematisch-statistischen Verfahren und erst recht nicht die Auskunft über Inhalte, die dem Geschäfts- und Betriebsgeheimnis unterliegen.

b) Übermäßiger Eingriff in das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis

Der überarbeitete Referentenentwurf verfolgt weiter den Ansatz, die Gewichtung von Scoring-Merkmalen und das Zustandekommen des Scorewertes offenzulegen (vgl. § 34 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 BDSG-E). Diese Offenbarungspflicht von Details des Kredit-Scoring-Verfahrens (Berechnungsformel [Risikofaktoren und Gewichte], aber auch die Nennung einzelner ausgewählter Risikofaktoren) gegenüber den Kunden ist nicht sachgerecht und greift übermäßig in die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Kreditinstitute ein, die den gleichen verfassungsrechtlichen Rang haben, wie das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kunden.

Die Details des Kredit-Scoring-Verfahrens unterliegen dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der jeweiligen Kreditinstitute, um Entwicklungsstand, Funktionsweise und Güte des Verfahrens gegenüber Dritten zu schützen. Hiervon erfasst werden solche Informationen, die bei einer Offenlegung gegenüber jedermann eine Manipulation des Scorings ermöglichen könnten (Missbrauchsschutz), das Kalkulationsgeheimnis des Kreditinstituts beseitigen (Schutz der geschäftspolitischen Strategie der Kreditinstitute) oder Konkurrenten eine Nachahmung oder sonstiges wettbewerbswidriges Ausnutzen für eigene Zwecke (Konkurrentenschutz) ermöglichen.

Folglich kann der Eingriff in das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis verfassungsrechtlich nur dann Bestand haben, wenn dieser zur Erreichung des angestrebten Zwecks verhältnismäßig ist, also geeignet, erforderlich und angemessen:

- **Eignung**

Die Offenlegung der Gewichtung der verwendeten Risikofaktoren ist nicht geeignet, dem Kunden das Verfahren verständlicher zu machen. Risikofaktoren ergeben aufgrund der mathematisch-statistischen Gesetzmäßigkeiten stets nur in ihrer Gesamtheit einen Sinn. Wegen des mehrdimensionalen Charakters von Kredit-Scoring-Verfahren wäre es zur Beurteilung der Richtigkeit des Scoring-Ergebnisses fehlleitend, einzelne Risikofaktoren und deren Gewichtung herauszugreifen, weil damit die Abhängigkeiten zwischen allen Risikofaktoren ignoriert würden. Ein ungünstiger Score-Wert ergibt sich nicht aus einzelnen negativen Merkmalen, sondern erst aus der Gesamtheit der Ausprägungen der Risikofaktoren in der Scoring-Funktion. Zudem können sich einzelne Merkmale durchaus in der Gesamtbewertung neutralisieren.

Der Kunde wird entgegen der Gesetzesbegründung (S. 15, 16) mit dem neuen Auskunftsanspruch nicht in der Lage sein, einen Scorewert zu widerlegen. Die Widerlegung eines Wahrscheinlichkeitswertes ist nicht möglich, weil es sich hierbei um eine Prognose des Instituts auf Basis der insgesamt mit den Kreditnehmern gemachten Erfahrungen handelt. Außerdem kann ein Wahrscheinlichkeitswert stets nur für eine Gruppe von Kreditnehmern festgelegt werden, eine Aussage für einen einzelnen Kreditnehmer ist nicht möglich. Ferner ist eine Diskussion der abgegebenen Prognose innerhalb eines mathematisch-statistischen Scoring-Modells auch deshalb nicht möglich, weil keine Aussage darüber getroffen werden kann, ob die Einlassungen des Kreditnehmers überhaupt Auswirkungen auf die Ausfallwahrscheinlichkeit haben oder ob seine Aussagen bereits innerhalb des multivariaten Verfahrens Berücksichtigung gefunden haben (siehe auch unten c.).

- **Erforderlichkeit**

Die Qualität der von Kreditinstituten eingesetzten Scoring-Verfahren ist so hochwertig, dass eine Ausweitung der Transparenzanforderungen nicht erforderlich ist. Über die staatliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute ist – im Unterschied zu anderen Scoring-nutzenden Branchen – eine Qualitätskontrolle der eingesetzten Kredit-Scoring-Verfahren sichergestellt. Einer Offenlegung von Details gegenüber dem Kunden bedarf es somit nicht, denn der Kunde kann auf die Eignung des überprüften Kredit-Scoring-Verfahrens vertrauen.

- **Angemessenheit**

Die Offenlegung der Gewichtung der beim Scoring verwendeten Datenarten und des Zustandekommens des Scorewerts greift übermäßig in Schutzmechanismen der Kreditinstitute ein:

- Missbrauchsschutz - Die Offenlegung von Detailinformationen zu Risikofaktoren erhöht die Gefahr des Unterlaufens des Kredit-Scorings durch Angabe geschöner bzw. manipulierter Daten, womit die Funktion und Aussagekraft des Verfahrens in Frage gestellt wird. Damit würde eine bankaufsichtsrechtlich geforderte fundierte Bestimmung des Kreditrisikos erheblich erschwert.
- Kalkulationsgeheimnis/Konkurrentenschutz - Kunden und Konkurrenten könnten anhand der erlangten Informationen die Kalkulationsweise und damit die geschäftspolitische Strategie des Scoring-Anwenders nachvollziehen. Gerade wenn in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union keine solche Offenlegungspflichten bestehen, würde die Offenbarung von wettbewerbsrelevanten Geschäftsgeheimnissen die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Kreditinstitute im zunehmend europäischen Geschäftsumfeld erheblich schwächen.

c) Zudem steht hohem Aufwand auf Seiten der Kreditwirtschaft nur geringer Kundennutzen gegenüber

Beim Scoring in Kreditinstituten werden moderne, multivariate statistische Verfahren eingesetzt. Den verwendeten Merkmalen sind in der Regel keine festen Gewichtungsfaktoren zugeordnet, sondern die berechnete Ausfallwahrscheinlichkeit ergibt sich im Zusammenwirken der Merkmale. Es ist daher für den Verbraucher nicht hilfreich, ihm gegenüber einzelne Gewichtungsfaktoren zu beauskunften, da sich bei einer anderen Datenkonstellation auch andere Gewichtungsfaktoren ergeben. Der Aufwand für Kreditinstitute, die Detailrechnung für jede Kundenanfrage im System nachzuvollziehen, ist nicht tragbar.

d) Zielsetzung des Auskunftsanspruchs verkennt Charakteristika des Scorings

Auf S. 15 der Begründung des zweiten Referentenentwurfs wird die Offenlegungspflicht damit begründet, dass dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben werden soll, den für ihn errechneten Wahrscheinlichkeitswert „zu widerlegen“. Wie bereits oben dargelegt verkennt dieser Ansatz die

immanenten Eigenschaften von Scoring-Verfahren, weil die Ermittlung des Wahrscheinlichkeitswertes in der geschäfts- und risikopolitischen Verantwortung des Instituts liegt, bankaufsichtlichen Vorgaben folgt und mit dem Kunden nicht im Hinblick auf die Richtigkeit diskutiert werden kann. Dem Kunden kann unter Berücksichtigung des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses der Score-Wert lediglich erläutert werden.

Die Widerlegung eines gruppenbezogenen Wahrscheinlichkeitswertes ist nicht möglich, weil es hierbei um eine Prognose des Instituts auf Basis der insgesamt mit den Kreditnehmern gemachten Erfahrungen handelt. Der Wahrscheinlichkeitswert wird stets nur für eine Gruppe von Kreditnehmern festgelegt werden, eine Aussage für einen einzelnen Kreditnehmer wird gerade nicht getroffen.

Eine Diskussion der errechneten Prognose ist innerhalb eines mathematisch-statistischen Scoring-Modells nicht zielführend, weil keine Aussage darüber getroffen werden kann, ob die Einlassungen des Kreditnehmers überhaupt Auswirkungen auf die zu ermittelnde Ausfallwahrscheinlichkeit oder ob seine Aussagen bereits innerhalb des multivariaten Verfahrens Berücksichtigung gefunden haben. Selbst wenn ein Einfluss nachgewiesen werden könnte, wäre es nicht möglich, eine Aussage darüber zu treffen, in welchem Umfang sich hierdurch eine Änderung des Scorewertes ergeben würde. Die hier geäußerten Vorstellungen lassen sich nicht mit dem Charakter der Scoring-Verfahren vereinbaren. Der Ansatz des Gesetzentwurfs spiegelt dem Betroffenen Möglichkeiten vor, die nicht bestehen.

In diesem Zusammenhang wird auf S. 16 ausgeführt, dass der Betroffene seinen Standpunkt auch in der Weise geltend machen können soll, dass er Abweichungen von den automatisiert gewonnenen typischen Wertungen des zugrunde liegenden Lebenssachverhalts darlegen kann. Auch diese Vorstellung ist mit dem Charakter der Scoring-Verfahren aus den oben genannten Gründen nicht vereinbar.

e) Weitergehendes Auskunftsinteresse besteht allenfalls bei für den Betroffenen negativen score-gestützten Entscheidungen

Der Auskunftsanspruch beim Einsatz von Score-Verfahren würde nach dem Gesetzeswortlaut in jedem Fall gelten, also auch, wenn die score-gestützte Entscheidung des Kreditinstituts für den Betroffenen positiv war, also der gewünschte Kredit zu den gewünschten Konditionen gewährt worden ist. In solchen unproblematischen Fällen ist nicht nachvollziehbar, warum der Betroffene im Nachgang einen über die heutige Rechtslage hinausgehenden Auskunftsanspruch zum Score-Verfahren haben sollte. Denn sein Auskunftsinteresse dürfte eher gering sein, während der

Auskunftsbearbeitungsaufwand für das Kreditinstitut hoch ist. Ein entsprechender Rechtsgedanke ist bereits in § 6a Abs. 2 BDSG enthalten, wonach die Hinweispflichten gegenüber dem Betroffenen nur bei einer für ihn negativen Entscheidung bestehen. Folglich sollten die über die heutige Rechtslage hinausgehenden Auskunftsansprüche in § 34 Abs. 1a BDSG-E auf für den Betroffenen negative score-gestützte Entscheidungen begrenzt werden.

f) Keine Auskunftspflicht für Fremddaten

Die Formulierung von § 34 Abs. 1a BDSG-E würde dazu führen, dass ein Kreditinstitut die Score-Wertberechnung einer Auskunft darlegen müsste, wenn es nicht nur ein hauseigenes Scoring-Verfahren, sondern auch fremde Scorewerte verwendet (sog. integrierte Scores). Damit wird vom bisher dem § 34 BDSG zugrundeliegenden Prinzip abgewichen, dass der jeweils für die Datenverarbeitung Verantwortliche Auskunft über die seinem Herrschaftsbereich unterliegenden Daten zu geben hat. Ohne Datenherrschaft besteht bislang auch keine Auskunftspflicht. Aus unserer Sicht wäre es mit dem datenschutzrechtlichen Prinzip der Trennung nach Verantwortungsbereichen allenfalls sachgerecht und praktisch umsetzbar, wenn im Falle des Einsatzes eines Scoring-Verfahrens das Kreditinstitut den Kunden darüber informiert, von welchen Betreibern bzw. Auskunftsteilen Scorewerte zugeliefert wurden. Dieses wird heute bereits weitgehend praktiziert. Der Kunde kann sich daraufhin bei den beteiligten Auskunftsteilen (fast immer wird es sich nur um eine einzige Auskunftsteil handeln) von der Richtigkeit der Datengrundlage überzeugen bzw. bei Unrichtigkeit einzelner Daten von seinem Recht aus § 35 Abs. 1 BDSG Gebrauch machen und eine Korrektur herbeiführen.

g) Speicherfrist ist zu lang

Der in § 34 Abs. 1 a Satz 1 BDSG-E vorgesehene Auskunftszeitraum von 6 Monaten ist zwar gegenüber dem ersten Referentenentwurf schon deutlich verkürzt worden. Jedoch ist die Frist immer noch übermäßig lang und würde bedingen, dass die Scorewerte auch so lange dokumentiert werden müssten. Abgesehen von den mit der Erweiterung der Speichernotwendigkeiten einhergehenden erheblichen Kosten widerspricht dies dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Datensparsamkeit. Außerdem dürfte ein Betroffener z. B. bei einer ablehnenden Kreditentscheidung lediglich ein kurzfristiges Interesse an einer Erläuterung haben, so dass es ausreichend sein dürfte, die Frist auf maximal 3 Monate zu begrenzen.

h) Zwischenergebnis

Soweit an einer Erweiterung der Transparenzpflichten beim Scoring festgehalten werden sollte, was wir nach wie vor nicht für den richtigen Weg erachten, müsste der Auskunftsanspruch des Kunden auf den Fall einer für den Betroffenen negativen score-gestützten Entscheidung und auf die Nennung der wesentlichen Datenkategorien – jedoch ohne Nennung der *kundenindividuellen bzw. vorgangsspezifischen Datenarten* (Risikotreiber) und deren Gewichtung – beschränkt werden. Zudem könnte in § 34 BDSG auch das vom ZKA vorgeschlagene Alternativkonzept berücksichtigt werden, wonach der Kunde bei einer negativen Entscheidung eine Begründung erhält oder die Entscheidung erneut überprüft wird.

Formulierungsvorschlag:

„(1a) Werden personenbezogene Daten zur Durchführung des Scoring genutzt, kann der Betroffene von der verarbeitenden Stelle binnen drei Monaten Auskunft über einen errechneten Score-Wert und die maßgebliche Score-Bandbreite verlangen.

Von einer Auskunft kann der Betroffene Auskunft verlangen über die innerhalb der letzten drei Monate durch das dortige Scoring-Verfahren errechneten und an Dritte übermittelten Score-Werte nebst der jeweils maßgeblichen Score-Bandbreite sowie Name und Anschrift von den Dritten, die die Werte empfangen haben.

Der Betroffene kann im Falle einer score-gestützten ablehnenden Entscheidung binnen drei Monaten zudem Auskunft über

- 1. seine dem Scoring zugrunde liegenden personenbezogenen Daten und*
 - 2. die Bedeutung der beim Scoring verwendeten Datenkategorien*
- verlangen.*

Der Auskunftsanspruch nach Satz 3 Nr. 2 wird durch das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der verarbeitenden Stelle begrenzt. Statt des Auskunftsanspruchs nach Satz 3 Nr. 2 kann die verantwortliche Stelle dem Betroffenen die Möglichkeit einräumen, seinen Standpunkt gegen die Entscheidung geltend zu machen. Die verantwortliche Stelle ist dann verpflichtet, ihre Entscheidung erneut zu prüfen. Die Vertragsabschlussfreiheit der verantwortlichen Stelle bleibt hiervon unberührt.

Auskunft über diese Angaben kann der Betroffene auch dann verlangen, wenn sie nicht von der verantwortlichen Stelle gespeichert werden und wenn die genutzten Daten an ihrem ursprünglichen Speicherort noch keinen Personenbezug aufweisen, auf sie aber in einem regelmäßigen Verfahren zugegriffen wird.“

4. Kennzeichnung von geschätzten Daten (§ 35 Abs. 1 S. 2 BDSG-E, Art. 1 Nr. 6 a) BDSG-Änderungsgesetz)

Die Verpflichtung, geschätzte Daten als solche deutlich zu kennzeichnen, stößt auf Vorbehalte, da weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, was genau unter „geschätzten Daten“ zu verstehen ist. Wie konkret muss ein Datum sein, damit es nicht mehr als „geschätztes Datum“ im Sinne dieser Vorschrift gilt? Liegt ein „geschätztes Datum“ auch dann vor, wenn die Schätzung beispielsweise vom Betroffenen selbst vorgenommen worden ist und dann von der verantwortlichen Stelle gespeichert wird?

Änderungsvorschlag

Die geplante Regelung in § 35 Abs. 1 S. 2 BDSG-E ist zu streichen.

5. Verkürzung der Speicherfrist (§ 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 BDSG-E, Art. 1 Nr. 7 BDSG-Änderungsgesetz)

Für erledigte Sachverhalte soll die Speicherfrist von bislang vier auf drei Kalenderjahre verkürzt werden. Die vorgesehene Verkürzung würde auch Positivdaten erfassen, wie z. B. die ordnungsgemäße oder sogar frühzeitige Rückführung eines Kredites, die grundsätzlich positiv in die Berechnung des Score-Wertes einfließen. Eine Verkürzung der Speicherfrist würde allgemein eine Verkürzung der Kredithistorie nach sich ziehen, die auch Voraussetzung für ein trennscharfes Scoring-Verfahren ist. Die Gesetzesbegründung, wonach die verkürzte Beauskunftung von erledigten Sachverhalten regelmäßig ausreichend sei, das Verhalten des Betroffenen einzuschätzen, geht in dieser Hinsicht fehl. Vielmehr wird die Bonitätsprognose erheblich erschwert.

6. Bußgeldtatbestand (§ 43 Abs. 1 Nr. 8 BDSG-E, Art. 1 Nr. 7 BDSG-Änderungsgesetz)

Für die Einführung eines Bußgeldtatbestandes für nicht ordnungsgemäß erteilte Auskünfte besteht kein Anlass. Überdies enthalten die angestrebten Ergänzungen in § 34 Abs. 1a BDSG-E einige vage Formulierungen (z.B. „wesentlich“, „in verständlicher Form“), die nicht absehbare Interpretationsspielräume schaffen. Selbst wenn sich der Verantwortliche der Verarbeitung nach allen Kräften bemüht, korrekte und umfassende Auskünfte zu geben, hat er aufgrund der Unschärfen im erweiterten § 34 BDSG nicht unerhebliche Risiken, in einer „ex post“-Betrachtung nicht allen Anforderungen gerecht geworden zu sein. Diese Rechtsunsicherheit bei § 34 BDSG-E

nun auch noch mit einer Bußgeldnorm zu kombinieren, ist unverhältnismäßig und dürfte auch nicht mit dem Bestimmtheitsgrundsatz im Bußgeldrecht vereinbar sein.

Änderungsvorschlag

Die geplante Regelung in § 43 Abs. 1, 8a BDSG-E ist zu streichen.

7. Datum des Inkrafttretens (Art. 2 BDSG-Änderungsgesetz)

Nach Art. 2 des BDSG-Änderungsgesetzes soll das Gesetz nunmehr 12 Monate nach seiner Verkündung in Kraft treten. Hierdurch wird den betroffenen Stellen die Möglichkeit gegeben, überhaupt ihre Verfahren vor Inkrafttreten der Änderungen an die geänderten gesetzlichen Voraussetzungen anpassen zu können.

Aufgrund der aus dem Gesetzesvorhaben resultierenden erheblichen Auswirkungen auf die EDV-Systeme der Kreditwirtschaft und der Planungsvorläufe bei EDV-Implementierungen wäre es aber wünschenswert, eine noch längere Übergangsfrist vorzusehen. Bereits der für § 6a Abs. 2 BDSG-E vorgesehene Sonderweg für Deutschland mit der vorweggenommenen Begründungspflicht automatisierter Einzelentscheidungen wird eine längere Zeitspanne in Anspruch nehmende Entwicklung und Anpassung von Software und Eingriffe in die Rechnersysteme notwendig machen.