

PRIVACY TOPICS



RA Sebastian Schulz ist zertifizierter Datenschutzbeauftragter und -auditor. Er verantwortet für den Bundesverband des Deutschen Versandhandels (bvvh) e.V. die Bereiche Public Affairs und Datenschutz. Schulz ist Kommentator des BDSG und Redakteur der PinG.

Und er sah, dass es gut war. Zur Übermittlung von Positivdaten gewerblicher Marktteilnehmer an Auskunftfeien

RA Sebastian Schulz

Seit Inkrafttreten der Scoring-Novelle im April 2010 unterliegt die Zulässigkeit der Datenübermittlung personenbezogener Forderungsdaten an Auskunftfeien neuen Regeln. Liegt den zu übermittelnden Daten kein Bankgeschäft zugrunde, dürfen ausschließlich sog. Negativdaten an Auskunftfeien übermittelt werden. Auf den ersten Blick werden neben Privatpersonen auch Gewerbetreibende, die in den Anwendungsbereich des BDSG fallen, d. h. insbesondere Einzelkaufleute und Gesellschafter von Personengesellschaften, von den veränderten Vorgaben in § 28a BDSG erfasst. Diese – falsche – Auslegung hat in der Praxis zu großer Unsicherheit und zu einer Ungleichbehandlung jener Personengruppe gegenüber anderen Rechtsformen geführt. Der Beitrag zeigt auf, dass nach der Scoring-Novelle weiterhin auch Positivdaten auf gesetzlicher Grundlage übermittelt werden dürfen und richtet am Ende gleichwohl einen Klarstellungsappell an Aufsichtsbehörden und Gesetzgeber.

I. Die Scoring-Novelle 2009

Das BDSG wurde zuletzt in der 16. Legislaturperiode novelliert. Als eines von drei Gesetzgebungsverfahren erlangte dabei neben der Neuordnung der Datennutzung zu Zwecken der Werbung und des Adresshandels¹ die sogenannte Scoring-Novelle² besondere praktische Relevanz. Wesentliche Ergebnisse jener Reform waren neben der Einführung neuer Betroffenenrechte (§§ 6 Abs. 3, 34 BDSG) das Namen gebende Scoring und die Reglementierung desselben (§ 28b BDSG) sowie neue, spezifische Vorgaben für die Übermittlung von personenbezogenen Daten an Auskunftfeien (§ 28a BDSG). Die beiden letztgenannten Neuerungen erfolgten jeweils im Lichte von Art. 5 EU-DSRL, wonach die Mitgliedstaaten die Voraussetzungen näher bestimmen, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten als rechtmäßig erscheint.

Vor Inkrafttreten der Scoring-Novelle am 01.04.2010 wurde die Einmeldung von personenbezogenen Daten an Auskunftfeien auf die allgemeinen Erlaubnistatbestände (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2; § 28 Abs. 2 Nr. 2a BDSG) bzw. die Einwilligung des Betroffenen ge-

stützt.³ Der gänzlich neu geschaffene § 28a BDSG formuliert nunmehr speziellere Voraussetzungen, bei Vorliegen derer bestimmte Daten an Auskunftfeien übermittelt werden dürfen. Eine (Wirtschafts-)Auskunftfei ist ein privatrechtliches Unternehmen, das unabhängig von einer konkreten Verwendungsabsicht geschäftsmäßig bonitätsrelevante Daten sowohl über Privatpersonen als auch über gewerbliche Marktteilnehmer erhebt, um diese zu einem späteren Zeitpunkt Dritten zum Zwecke der Beurteilung der Kreditwürdigkeit der Betroffenen zugänglich zu machen.⁴ Im Anwendungsbereich von § 28a BDSG ist zwischen zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden:

Außerhalb von Bankgeschäften dürfen gemäß Absatz 1 personenbezogene Daten über eine Forderung (vgl. § 241 Abs. 1 S. 1 BGB) nur dann an Auskunftfeien übermittelt werden, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle oder eines Dritten erforderlich ist und soweit die geschuldete Leistung *nicht* erbracht wurde. Von der Übermittlungsbefugnis erfasst

¹ Gesetz vom 14.08.2009, BGBl. I S. 2814, („BDSG-II“).

² Gesetz vom 29.07.2009, BGBl. I S. 2254, („BDSG-I“).

³ Kamp, in: Wolff/Brink, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, § 28a Rn. 5f.

⁴ Kamp, in: Wolff/Brink, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, § 28a Rn. 34 unter Verweis auf BT-Drs. 16/10529, S. 9.

werden danach allein sogenannte Negativdaten. Mit Ausnahme besonders sensibler Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) kommen in diesem Zusammenhang weithin alle Arten personenbezogener Daten in Betracht, vorausgesetzt sie stehen im Zusammenhang mit einer Geld- bzw. Sachforderung und ihr Aussagegehalt ist für den Betroffenen nur negativ. Mit den durch die Scoring-Novelle in Absatz 1 zusätzlich eingeführten Voraussetzungen wurde die bis dato anzuwendende Abwägungslösung⁵ ersetzt. Liegt eine der fünf Varianten des Absatz 1 vor, treten die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung zurück.⁶

Anders bei Bankgeschäften: Sind von der Übermittlung Daten über Bankgeschäfte betroffen, existiert eine Unterscheidung in Negativ- und Positivdaten⁷ nicht. Qua definitionem handelt es sich bei Positivdaten um Informationen, die weder negative Zahlungserfahrungen noch sonstiges nicht vertragsgemäßes Verhalten zum Inhalt haben.⁸ Liegen die übrigen Voraussetzungen von Absatz 2 vor, können Daten über Bankgeschäfte im Sinne des § 1a Abs. 1 S. 2 KWG⁹ stets an Auskunftfeien übermittelt werden, ganz gleich ob sich diese für den Betroffenen negativ oder aber positiv darstellen und freilich nur dann, wenn das schutzwürdige Interesse des Betroffenen nicht überwiegt. Vor Inkrafttreten der Norm waren derartige Datenübermittlungen nach herrschender Einschätzung allein auf Grundlage der Einwilligung des Betroffenen zulässig.¹⁰ Da Bankkredite jedoch kaum mehr vergeben werden, ohne dass vorher eine Bonitätsabfrage bei einer Auskunftfei erfolgt, und da insoweit – mangels zumutbaren Alternativverhaltens des Antragstellers – die Freiwilligkeit der Einwilligung regelmäßig in Zweifel stand, sah sich der Gesetzgeber zum Handeln veranlasst.¹¹ Der gesetzliche Erlaubnistatbestand war überfällig.

Für die weitere Betrachtung ist allein § 28a Abs. 1 BDSG von Relevanz. Die darin vorgenommene Fokussierung allein auf Negativdaten hat zur Folge, dass neutrale und positive Informationen über Forderungen außerhalb von Bankgeschäften – jedenfalls auf Grundlage dieser Norm – nicht mehr in Zahlungserfahrungspools von Auskunftfeien eingemeldet werden können.

II. Der missglückte § 28a BDSG und die Auswirkungen in der Praxis

1. Gewerbliche Marktteilnehmer im Anwendungsbereich des BDSG

Schutzsubjekt des Datenschutzrechts ist der Betroffene. Betroffen sein können und vor Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts geschützt werden sollen nach dem Gesetz allein natürliche Personen (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 BDSG). Gemäß Art. 2 lit a) EU-DSRL sind dabei auch solche Informationen schützenswert, die Ausdruck der wirtschaftlichen Identität einer bestimmbar natürlichen Person sind. Nicht erfasst werden Angaben über juristische Personen.

Diese wurden in Deutschland aus dem Anwendungsbereich des BDSG ausgeklammert.¹²

Das beschriebene Prinzip wird freilich in zahlreichen Konstellationen durchbrochen. So unterliegen Daten zu Personengesellschaften des Handelsrechts (OHG, KG) dann dem Regelungsregime des BDSG, wenn diese die Beziehung einer individualisierbaren, hinter der Gesellschaft stehenden natürlichen Person zur Gesellschaft selbst dokumentieren. Klassische Anwendungsfälle sind etwa der Umfang der persönlichen Haftung eines Kommanditisten (§ 171 Abs. 1 HGB) oder andere kreditrelevante Umstände einer Personengesellschaft, da diese regelmäßig auch direkt Umstände ihrer persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter dokumentieren.¹³ Folgerichtig unterfällt danach auch ein Einzelkaufmann dem Patronat des BDSG: Zum einen kann jede der Einzelfirma zuzuordnende Information durch Einsichtnahme in das Handelsregister (§ 9 HGB) ohne weiteres auch dem Inhaber individualisiert zugeordnet werden.¹⁴ Zum anderen zählen gerade und vor allem geschäftliche Daten über Einzelunternehmen, beispielsweise Umsatzzahlen, Bonitätsmerkmale, usw., zu den für den dahinter stehenden voll haftenden Einzelkaufmann geschäftlich – und damit auch persönlich – existenziell wichtigen Merkmalen. Darstellungen, wonach zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit ein Herauslösen von Einzelkaufleuten aus dem Anwendungsbereich des BDSG angezeigt sei, sind in Ihrer Zielsetzung zu unterstützen, nicht aber in ihrer dogmatischen Herleitung. Mögen Einzelkaufleute und als juristische Person organisierte Handelsgeschäfte im Wirtschaftsleben auch eine (annähernd) gleiche Stellung haben, rechtfertigt sich die beschriebene Ungleichbehandlung gerade aus der allein bei einem Einzelkaufmann¹⁵ vorliegenden wirtschaftlichen Kongruenz von Geschäft und Privatleben.¹⁶ Sofern eine der aufgezeigten Konstellationen einschlägig ist, findet mithin das BDSG im Grundsatz einheitlich auf alle natürlichen Personen, sei es in ihrer Funktion als Verbraucher, sei es in ihrer Funktion als gewerblicher Marktteilnehmer, Anwendung.

2. Die Diskriminierung des Einzelunternehmers

Ausgehend von diesem Grundsatz legt auch § 28a Abs. 1 BDSG – auf den ersten Blick – einheitliche Vorgaben für die Übermittlung von Forderungsdaten an Auskunftfeien fest. Erfasst werden personenbezogene Daten sowohl von Verbrauchern als auch von Einzelunternehmern. Das in § 28a Abs. 1 BDSG normierte Verbot der Übermittlung von neutralen bzw. Positivdaten durch ein Unternehmen an eine Auskunftfei erstreckt sich somit ebenfalls auf Informationen über Einzelunternehmer, d.h. auf den Fall, dass dem ursprünglichen Datenaustauschverhältnis ein B2B-Verhältnis zugrunde liegt. Anders formuliert dürfen aus dem ursprünglichen B2B-Datenaustauschverhältnis nur solche Daten des Einzelunternehmers an eine Wirtschaftsauskunftfei übermittelt werden, die diesem allein zum Nachteil gereichen.

Ersichtlich läuft eine solche Beschränkung der Tätigkeit von auf den Unternehmensbereich ausgerichteten Auskunftfeien diametral zuwider. Denn anders als bei reinen Konsumentenauskunftfeien entspricht es gerade nicht dem Wesen von Wirtschaftsauskunft-

5 Vgl. zum früheren Recht Gola/Schomerus, BDSG, 9. Auflage, § 28 Rn. 40, ferner Kamp, in: Wolff/Brink, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, § 28a Rn. 5f.

6 OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 16.03.2011 – 19 U 291/10, BeckRS 2011, 10896, OLG Celle, Urt. v. 19.12.2013 – 13 U 64/13.

7 Kritisch zu den Begrifflichkeiten vgl. Ehmann, in: Simitis, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 29 Rn. 175f.

8 Kamp, in: Wolff/Brink, Datenschutz in Bund und Ländern, § 28a Rn. 7.1.

9 Erfasst werden: Kreditgeschäfte (Nr. 2), Garantiegeschäfte (Nr. 8), Girogeschäfte (Nr. 9).

10 Kamp, in: Wolff/Brink, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, § 28a Rn. 9.

11 BT-Drs. 16/10529, S. 15.

12 Dammann, in: Simitis, BDSG, § 3 Rn. 17 unter Verweis auf BT-Drs. 7/1027 Abschnitt 3.9.4; anders etwa in Österreich.

13 Schaffland/Wiltfang, BDSG, Loseblatt Stand: 2/09, § 3 Rn. 18 m.w.N.

14 Bejahend bereits KG Berlin, Urt. v. 04.03.1980 – 1 VA 2/79, DB 1980, 1062; umgekehrt muss gem. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG auch die Rechtsform (z.B. „e.K.“) angegeben werden, vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2013 – I ZR 180/12, GRUR 2013, 1169.

15 Oder einer Ein-Mann-GmbH, vgl. Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn. 11a.

16 A.A. v. Lewinski, DuD 2000, 39, 41.

teien, ausschließlich negative Zahlungsinformationen zu sammeln und zu verwerten. Vielmehr soll hier das Zahlungsverhalten eines (Einzel-)Unternehmens auf Grundlage möglichst vieler, sowohl positiver als auch negativer Merkmale, aggregiert und damit so genau wie möglich bestimmt werden.¹⁷ Insbesondere Änderungen zum bisherigen Zahlverhalten, zum Guten wie zum Schlechten, sind für eine kontinuierliche Zahlungsbewertung von beiderseitigem Interesse.¹⁸ Das Verbot der Einmeldung von neutralen und Positivdaten führt letztlich aber dazu, dass in die nachgelagerte Berechnung des Scorewertes des Einzelunternehmens auch nur noch jene negativen Informationen einfließen (dürfen). Positive bleiben unberücksichtigt. Das kann nicht richtig sein.

Doch obwohl nicht sein kann, was nicht sein darf, und obwohl der Gesetzgeber angetreten war, mit § 28a BDSG Rechtssicherheit schaffen zu wollen,¹⁹ greift seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung große Unsicherheit um sich. Befördert wird diese Unsicherheit durch uneinheitliche Aussagen der Aufsichtsbehörden. Während nach Befragungen durch den Verfasser Einzelne § 28a Abs. 1 BDSG unter Verweis auf den eindeutigen Wortlaut auch auf Zahlungserfahrungen von Gewerbetreibenden anwenden wollen, signalisieren andere das Gegenteil.²⁰ Vereinzelt Stimmen verweisen zwar auf die Rechtswidrigkeit der Übermittlung von Positivdaten, wollen diese aber „dulden“.

Unternehmen, die bislang auch positive Zahlungserfahrungen zu Einzelunternehmern an Auskunftfeien eingemeldet hatten, haben nicht zuletzt wegen dieser uneinheitlichen Bewertung ihre Auskünfte eingestellt. Ganze Branchenverbände sehen sich gezwungen, ihre Teilnahme an Datenaustauschsystemen aufzukündigen.²¹ Auf der anderen Seite bleibt der Anteil der eingemeldeten Negativinformationen konstant. Bei Wirtschaftsauskunftfeien droht durch diese Entwicklung vermehrt die Gefahr, dass sich Negativauskünfte über Einzelunternehmer überproportional anreichern. Positive Informationen, die noch vor Inkrafttreten von § 28a BDSG übermittelt wurden, veralten zunehmend und verlieren an Aussagekraft. Die Neutralität der den Wirtschaftsauskunftfeien zur Verfügung stehenden Datenbasis ist perspektivisch nicht mehr gewährleistet. Der bei Auskunftfeien durch die Verfügbarkeit von Daten aus zahlreichen unterschiedlichen Quellen zu verzeichnende Skalenvorteil²² schwindet. Die nicht bestreitbare Funktion von Wirtschaftsauskunftfeien als „Schutzorganisation für die Wirtschaft“²³ droht durch die von Gesetzes wegen erzwungene Fokussierung allein auf negative Merkmale erheblich an Bedeutung zu verlieren.

Wirtschaftlich betroffen ist von dieser Entwicklung freilich zunächst der Einzelunternehmer selbst. Durch die nur einseitige, negative Beeinflussung seines Scorewertes räumen Lieferanten seltener Warenkredite ein, werden deutlich kürzere Zahlungsziele vereinbart, werden Kreditlinien eingeschränkt, wird ein Kauf auf Rechnung schwieriger bis unmöglich. Gleiches gilt, wenn belastbare Zahlungsinformationen gänzlich fehlen. Denn anders als bei Verbraucherauskunftfeien gelten im gewerblichen Bereich fehlende Negativeinträge (sog. KI-Score) nicht automatisch als

positiv sondern klassifizieren den Gewerbetreibenden ganz im Gegenteil als „unbekannt“ und damit als schwer berechenbar.²⁴ Nicht selten wird der Einzelunternehmer diese Tendenz erst nach einiger Zeit selbst bemerken, handelt es sich doch regelmäßig um einen inkrementellen Prozess. Werden aber einem Einzelunternehmer Waren zu sich stetig verschlechternden Konditionen angeboten, sinken dessen Marge, Um- und Absatz und damit auch der Umsatz des Lieferanten selbst. Nicht anders stellt sich die Situation im B2B-Versandhandel dar. Auch hier steht der Versandhändler im Rahmen des unternehmensinternen Risikomanagements stets vor der Frage, ob dem Käufer Waren auf Rechnung oder ratenfinanziert geliefert werden können. Kann zur Bestimmung dieser Kennzahlen nicht auf Informationen aus Zahlungserfahrungspools zurückgegriffen werden, muss der Versender auf konservativere, für den Käufer unattraktivere Bezahlverfahren ausweichen. Der Warenkreislauf²⁵ wird dadurch erheblich gestört. Schließlich macht sich das gesamtwirtschaftliche Ausmaß²⁶ all dessen auch im Bereich der Forderungsausfallversicherung bemerkbar: Kreditversicherer benötigen für Limitentscheidungen belastbare Zahlungserfahrungen zum Debitor. Fehlt bei den Auskunftfeistellen der Kreditversicherer eine valide Datenbasis, steigt das Risiko für den Versicherer im Rahmen der Kreditvergabe bis hin zur Unkalkulierbarkeit, mit der Folge, dass sich die Konditionen für den Einzelunternehmer u.U. dramatisch verschlechtern. Im Ernstfall wird dem Lieferanten kein Versicherungsschutz mehr gewährt.

In einem Satz: Einzelunternehmer werden durch die neue Rechtslage bei der Erlangung von (Waren-)Krediten gegenüber Formkaufleuten in einem nicht zu rechtfertigenden Maß diskriminiert. Führt man sich vor Augen, dass in Deutschland im Jahr 2013 von insgesamt gut 3,6 Mio. Unternehmen allein 2,3 Mio. als Einzelunternehmung organisiert waren,²⁷ mag man über das gesamtwirtschaftliche Ausmaß dieser Entwicklung allenfalls Vermutungen anstellen.

III. Keine Erstreckung auf Einzelunternehmer de lege lata

Die durch die Scoring-Novelle verursachten Unwägbarkeiten sollten durch den Gesetzgeber in der laufenden Legislaturperiode behoben werden. Dass es sich dabei um eine lediglich redaktionelle Korrektur eines gesetzgeberischen Versehens handeln wird, und dass bis dahin gleichwohl Unternehmen auch positive Informationen zu Einzelunternehmern weiterhin an Wirtschaftsauskunftfeien übermitteln dürfen, soll nachfolgend belegt werden. Um es vorweg zu nehmen: § 28a Abs. 1 BDSG findet bei sinnstiftender Auslegung keine Anwendung auf Forderungsdaten von Gewerbetreibenden.

1. Die unvollendete Reform der Reform und das Wortlautargument

Eine Erstreckung von § 28a Abs. 1 BDSG auf Forderungsdaten von Gewerbetreibenden war durch den Gesetzgeber jedenfalls nie gewollt. Der Gesetzgeber hatte bei der Scoring-Novelle allein die

17 Vgl. Picot/Theurl/Dammer/Neuburger, Transparenz in Kreditmärkten, 2.3.3.

18 Vgl. Picot/Theurl/Dammer/Neuburger, Transparenz in Kreditmärkten, 2.1.

19 BT-Drs. 16/10529, S. 14.

20 Zur alten Rechtslage vgl. Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich vom 19./20.4.2007 „Erhebung von Positivdaten zu Privatpersonen bei Auskunftfeien“.

21 Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V. (BGA), Position vom 07.03.2011, S. 1.

22 Picot/Theurl/Dammer/Neuburger, Transparenz in Kreditmärkten, 2.3.2.

23 Duhr, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 7.5, Rn. 29.

24 Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V. (BGA), Position vom 07.03.2011, S. 1.

25 Nach Hochrechnungen des Bundesverbandes des Deutschen Versandhandels e.V. (bvvh) und der Creditreform AG belief sich das Umsatzvolumen im B2B-Versandhandel in 2013 auf 8,8 Mrd. EUR. Vgl. die Wirtschaftslage im B2B-Versandhandel 2013, S. 24.

26 Instrukтив: Picot/Theurl/Dammer/Neuburger, Transparenz in Kreditmärkten, 2.2.

27 Statistisches Bundesamt, Unternehmensregister, Stand: 31.05.2013.

Stärkung von Verbraucherinteressen im Blick.²⁸ Die Einmeldung von Zahlungserfahrungsdaten zu gewerblichen Betroffenen in Zahlungserfahrungspools war zu keinem Zeitpunkt Gegenstand der Reformdiskussion.²⁹ In diesem Bereich war die „Verbesserung der Planungsmöglichkeiten für Unternehmen“ Zielsetzung des Gesetzentwurfes,³⁰ nicht das Gegenteil.

Einen gewichtigen Beleg für den schon seinerzeit fehlenden Regulierungswillen, besser noch, für den Vorsatz des Gesetzgebers, Forderungsdaten von Gewerbetreibenden gerade *nicht* von der gesetzlichen Neuerung des § 28a Abs. 1 BDSG erfasst wissen zu wollen, liefert ein Blick auf das in der nachfolgenden 17. Legislaturperiode angestrebte BDSG-Reformpaket. Im Rahmen dieses Reformvorhabens, das vor allem eine detaillierte Kodifizierung des Beschäftigtendatenschutzes zum Gegenstand hatte,³¹ sollte im sogenannten Omnibusverfahren³² auch § 28a Abs. 1 BDSG geändert werden. Ausweislich der Gesetzesmaterialien sollte es sich dabei lediglich um eine „redaktionelle Anpassung“ handeln.³³ Die gewählte Formulierung „redaktionelle Anpassung“ veranschaulicht die Intention des Gesetzgebers: Ein Sachverhalt, der vom Wortlaut eines Gesetzes erfasst wird, obwohl dies ersichtlich nicht gewollt ist, wird durch eine Präzisierung des Gesetzestextes aus diesem auch formal herausgelöst. Ein „Versehen“ sollte korrigiert werden, nicht mehr. Während über die einzelnen Sachfragen des angedachten neuen Beschäftigtendatenschutzes leidenschaftlich diskutiert wurde, herrschte hinsichtlich der Änderung von § 28a Abs. 1 BDSG volle Einigkeit innerhalb der seinerzeitigen Regierungskoalition. Dass das Reformvorhaben letztlich scheiterte, ändert daran nichts, gab jedenfalls die geplante Änderung von § 28a Abs. 1 BDSG nicht den Ausschlag hierfür.

Unterstellt, der Wille des Gesetzgebers für eine redaktionelle Klarstellung sorgen zu wollen, wird sich auch in dieser Legislaturperiode nicht ändern, ist damit bereits vor der Reform eine Sollbruchstelle für die Anwendbarkeit von § 28a Abs. 1 BDSG definiert. Der Wortlaut einer Norm begrenzt zwar grundsätzlich deren Auslegung, die Wortlautauslegung unterliegt jedoch wiederum selbst Grenzen, namentlich dann, wenn anderenfalls der Eintritt eines vom Gesetzgeber offensichtlich nicht gewollten Ergebnisses droht.³⁴ „Am Wortlaut einer Norm braucht der Richter aber nicht haltzumachen. Seine Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) bedeutet nicht Bindung an dessen Buchstaben mit dem Zwang zu wörtlicher Auslegung, sondern Gebundensein an Sinn und Zweck des Gesetzes.“³⁵ Dass Sinn und Zweck von § 28a Abs. 1 BDSG nicht die Reglementierung der Übermittlung von Forderungsdaten von Gewerbetreibenden sein sollte, ist unbestreitbar und soll in der Folge noch weiter belegt werden. Existieren darüber hinaus zusätzliche gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber eine Regelung nicht bzw. anders getroffen haben

würde, „wenn er das Problem erkannt hätte“, ³⁶ kann das Wortlautargument nicht mehr zur Auslegung einer Norm herangezogen werden. Übertragen auf die hier diskutierten Fälle kann allein unter Verweis auf den insoweit unzweideutigen Wortlaut von § 28a Abs. 1 BDSG gleichwohl nicht dessen Anwendbarkeit auf Forderungsdaten aus einem B2B-Verhältnis belegt werden.

2. Hilfsweise: Kein Datenschutz um seiner selbst Willen

Eine Erstreckung des Anwendungsbereiches von § 28a Abs. 1 BDSG auf Forderungsdaten von Gewerbetreibenden scheidet auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift aus.

Rückblende: Bereits vor Inkrafttreten der Scoring-Novelle hielt sich hartnäckig die Auffassung, die Übermittlung von Positivdaten an Auskunftfeien könne einzig im Wege einer Einwilligung des Betroffenen legitimiert werden.³⁷ Zur Begründung wurde auf das Fehlen einer speziellen Übermittlungsbefugnis verwiesen. Eine Übermittlung auf Grundlage der allgemeinen Interessenabwägung sollte ausscheiden, da es an dem erforderlichen, die Interessen des Betroffenen überwiegenden, Übermittlungsinteresse der Vertragspartner und der kreditgebenden Wirtschaft fehlte.³⁸ Diese Begründung war infolge ihrer mangelnden Differenzierung zwischen Verbrauchern und Unternehmern schon seinerzeit nur schwerlich mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar, der sich insoweit auch mit der Scoring-Novelle nicht geändert hat. So durften schon nach dem BDSG 2001 personenbezogene Daten zur Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten an Auskunftfeien übermittelt werden, es sei denn, es bestand Grund zu der Annahme, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hatte.³⁹ Eine weitestgehend inhaltsgleiche Aussage findet sich heute in § 28 Abs. 2 Nr. 2a) BDSG.

Einzelunternehmer haben aber kein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung von Positivdaten. Das Gegenteil ist der Fall.⁴⁰ Werden positive Daten übermittelt, geschieht dies im Interesse des betroffenen Marktteilnehmers.⁴¹ Der Einzelunternehmer ist nachgerade darauf angewiesen, dass sein redliches, vertragstreues Verhalten, anlassbezogen potentiellen Vertragspartnern umfassend kommuniziert wird. Dieser Interessenlage stand das Gesetz nie entgegen. In den hier angesprochenen Konstellationen existieren schlicht keine gegenläufigen Interessen, die gegeneinander abgewogen werden müssten. So man in Ermangelung solcher kollidierenden Interessen gleichwohl aus bloßer juristischer Förmerei eine Abwägung vornehmen wollte, müsste auf Seiten des betroffenen Einzelunternehmers nicht allein das Interesse an einem selbstbestimmten Umgang mit den Daten sondern zeitgleich auch dessen Interesse an dem Zweck der Übermittlung und der späteren Verwendung durch Dritte in die Waagschale gelegt werden. Das Ergebnis könnte auch dann nicht eindeutiger sein: Der betroffene Einzelunternehmer hat kein der Übermittlung entgegenstehendes, sondern ein signifikantes für die Übermittlung sprechendes Interesse.

28 Exemplarisch: Plenardebatte im Deutschen Bundestag am 29.5.2009, BT-PIPr. 16/225; vgl. auch *Piltz/Holländer*, ZRP 2008, 143, 144.

29 Vgl. BT-Drs. 16/13219, BT-PIPr. 16/225, BR-PIPr. 859.

30 BT-Drs. 16/10529, S. 1.

31 BT-Drs. 17/4230.

32 Im Bereich der Gesetzgebung versteht man hierrunter die Verwebung unterschiedlicher Sachverhalte, wonach in einen Entwurf (dem „Omnibus“) mit Änderungsanträgen weitere Punkte („Passagiere“) hinzugefügt werden, vgl. beispielhaft Das Parlament 2006, Nr. 40–41.

33 Exemplarisch: Änderungsvorschläge des BMI zu BT-Drs. 17/6020 vom 06.02.2012, S. 25.

34 BVerfG, Beschl. v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69; 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263, 278 (Rn. 52), NJW 1973, 1491.

35 BVerfG, Beschl. v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69; 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263, 278 (Rn. 52), NJW 1973, 1491.

36 BVerfG, Beschl. v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69; 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263, 279 (Rn. 53), NJW 1973, 1491.

37 H. M. Kamp, in: Wolff/Brink, Datenschutz in Bund und Ländern, § 28a Rn. 19 m. w. N.; a. A. *Iraschko-Luscher*, Datenschutz beim Zahlungsverkehr, S. 30; *Kamlah*, MMR 1999, 395, 398.

38 Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich vom 19./20.04.2007 „Erhebung von Positivdaten zu Privatpersonen bei Auskunftfeien“.

39 § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG a.F.

40 vgl. oben II.2.

41 Schaffland/Wiltfang, BDSG, Loseblatt Stand: 2/10, § 28a Rn. 7 zu § 28a Abs. 2.

Hieran hat sich auch nach Inkrafttreten der Scoring-Novelle nichts geändert. Die Übermittlung von positiven Forderungsdaten von Gewerbetreibenden wird nicht durch Sinn und Zweck des § 28a Abs. 1 BDSG erfasst. Die Norm entfaltet gerade keine Sperrwirkung hinsichtlich solcher Daten.⁴² Ob die Bewertung tatsächlich anders ausfallen muss, wenn es sich um positive Forderungsdaten eines Verbrauchers handelt, mag an anderer Stelle diskutiert werden. Ein Einzelunternehmer jedenfalls ist weder schutzbedürftig noch willens, sich zu seinem Nachteil „schützen“ zu lassen. Selbst wenn dies aus hier nicht ersichtlichen Gründen einmal der Fall wäre, könnte er einer Übermittlung der ihn betreffenden Positivdaten freilich ohne weiteres widersprechen. Der Widerspruch würde in die dann vorzunehmende Abwägung einfließen, die Übermittlung müsste unterbleiben. Nur; es entspricht weder den beteiligten Interessen, noch macht es aus systematischen oder wirtschaftlichen Erwägungen einen Sinn, vollhaftende Unternehmer aus Zahlungserfahrungspools auszuschließen. Die Übermittlung von positiven Forderungsdaten ist und bleibt auf Grundlage der §§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bzw. 28 Abs. 2 Nr. 2a) BDSG weiterhin zulässig.

Die Schieflage der Argumentation, die für eine Sperrwirkung streitet, wird zuletzt auch nach einem Blick auf § 28a Abs. 3 BDSG offenbar. Die dort normierte Nachberichtspflicht auferlegt der verantwortlichen Stelle, nachträgliche Änderungen der einer Übermittlung zugrundeliegenden Tatsachen der Auskunftfei fristgerecht mitzuteilen. Dass von dieser Pflicht zur Übermittlung auch positive Informationen betroffen sein können, etwa wenn eine zuvor in Abrede gestellte Forderung vom Schuldner zwischenzeitlich doch beglichen wurde, wurde durch den Gesetzgeber ausdrücklich gesehen und zum Motiv für die Regelung gemacht.⁴³ Wenn nun aber für den Fall einer nachträglichen Änderung von Tatsachen sogar eine Pflicht zur Datenübermittlung besteht, macht es schlechterdings keinen Sinn, die positive Beeinflussung eines Scorewertes durch Übermittlung positiver Informationen zu untersagen.

IV. Keine Lösung: Einwilligung des Unternehmers

Deutsches wie auch europäisches Datenschutzrecht verlangen für die Zulässigkeit jedweder Datenverwendung das Vorliegen einer gesetzlichen oder einer individuell erteilten Erlaubnis. Gesetzlicher Erlaubnistatbestand und wirksame Einwilligung genießen dabei jedenfalls im nicht-öffentlichen Bereich grundsätzlich ein gleichrangiges Gewicht.⁴⁴ Vor diesem Hintergrund mag man nur allzu schnell darauf verweisen, zur Legitimation der Datenübermittlung doch auf die Einwilligung des Einzelunternehmers setzen zu können. Auch dieser Verweis muss scheitern. Die Einwilligung des Betroffenen löst das hier beschriebene Problem nicht.

Für die Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ist wesentlich, dass diese informiert erfolgt und „auf der freien Entscheidung des Betroffenen“ beruht, § 4a BDSG. Wie oben dargestellt, veranlasste vor allem die Annahme eines auf einen Verbraucher wirkenden faktischen Zwangs zur Abgabe einer Einwilligung in die Datenübermittlung im Rahmen eines Bankgeschäfts den Gesetzgeber zum Handeln.⁴⁵ Die Wirksamkeit der

Einwilligung stand wegen einer angenommenen Unfreiwilligkeit der Erklärung in Zweifel. Als Ersatz⁴⁶ für die Einwilligung wurde der gesetzliche Erlaubnistatbestand des § 28a Abs. 2 BDSG geschaffen, der seither für die Übermittlung sowohl von Negativdaten als auch von Positivdaten herangezogen werden kann.

Dass die erfolgte Begrenzung auf ausschließlich negative Forderungsdaten in § 28a Abs. 1 BDSG nicht frei von Kritik sein kann, wurde dargestellt. Dies gilt umso mehr, als dass auch im Anwendungsbereich von Absatz 1 eine Einwilligung nicht als alternative taugliche Übermittlungsgrundlage herhalten kann. Denn auch die Übermittlung von neutralen oder Positivdaten aus einem gewerblichen Datenaustauschverhältnis an Auskunftfeien kann nur dann auf die Einwilligung des Einzelunternehmers gestützt werden, wenn diese den gesetzlichen Anforderungen genügt, d.h. wenn diese informiert und freiwillig erfolgt. Mag man zwar noch einwenden können, im gewerblichen Bereich begegneten sich die Handelnden grundsätzlich „auf Augenhöhe“, insoweit sei auch an der Freiwilligkeit der Einwilligung nicht zu zweifeln, fehlt es jedenfalls wegen der weitreichenden Folgen für den Gewerbetreibenden im Falle einer nicht erteilten Einwilligung in die Weitergabe von neutralen und Positivdaten an einer echten Freiwilligkeit. Denn noch einmal; die Auswirkungen für Einzelunternehmer sind im Zweifel dramatisch, werden seine Scorewerte zukünftig nur noch von für ihn negativen Informationen gespeist, vgl. oben II.2. Dem Einzelunternehmer ist ein alternatives Verhalten – die Verweigerung der Einwilligung – gerade nicht zumutbar, will er nicht bei seinen Lieferanten oder bei Versandhändlern im Wettbewerb um die besten Konditionen anderen Gewerbetreibenden mit anderen Rechtsformen unterlegen sein. Warum solche Fälle, in denen es um die wirtschaftliche Existenz eines Unternehmers und im Zweifel zahlreicher Angestellter gehen kann, anders behandelt werden sollen, als der Erwerb eines neuen TV-Gerätes im Wege einer bankfinanzierten Ratenkreditvereinbarung durch einen Verbraucher, wäre jedenfalls nicht erklärlich.

Nur noch kurz sei ergänzend auf die fehlende Praktikabilität einer einwilligungsbasierten Lösung hingewiesen. Eine solche für jede (geplante) Datenübermittlung gesondert einholen zu müssen, wäre bürokratischer Unfug und würde allein zu einer Verkomplizierung des ansonsten vor allem auf Vertrauen und Brauchtum aufbauenden Verhältnisses zwischen Gewerbetreibenden führen. Nicht zielführend ist in Alternative hierzu der Verweis auf vorformulierte Einwilligungserklärungen im Rahmen von AGB. Gelangt man zu der – fehlerhaften – Einschätzung, dass § 28a Abs. 1 BDSG eine abschließende Aussage für die Übermittlung von sowohl positiven als auch negativen Forderungsdaten trifft, bedeutete eine generalklauselartig erteilte Einwilligung eine in ihrer Wirkung weiterreichende Abweichung von diesem (unterstellten) Prinzip. Ein solches Unterlaufen einer (vermeintlichen) gesetzgeberischen Wertung im Wege vorformulierter Einwilligungserklärungen ist jedoch von Rechts wegen stets unwirksam.⁴⁷

V. Lösungsvorschlag

Zur Auflösung der hier beschriebenen Problematik verständigte sich in der 17. Legislaturperiode die seinerzeit aus CDU/CSU und FDP bestehende Regierungskoalition auf eine Ergänzung von

42 So aber die allgemeine Ansicht: Weichert, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 3. Aufl. 2010, § 28a Rn. 11, Kamlah, in: Plath, BDSG, § 28a Rn. 15, 49; Mackenthum, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl. 2014, § 28a Rn. 9.

43 BT-Drs. 16/13219, S. 9.

44 Bäcker, in: Wolff/Brink, Datenschutz in Bund und Ländern, § 4 Rn. 20.

45 Vgl. die Gesetzgebung, BT-Drs. 16/10529, S. 15.

46 Zum weiterhin existenten Nebeneinander von § 28a Abs. 2 und § 4a BDSG vgl. Kamp, in: Wolff/Brink, Datenschutz in Bund und Ländern, § 28a Rn. 16.

47 Kamp, in: Wolff/Brink, Datenschutz in Bund und Ländern, § 28a Rn. 17.

§ 28a Abs. 1 BDSG. Wäre es zu einem Abschluss des Reformvorhabens gekommen, lautete § 28a Abs. 1 BDSG nunmehr wie folgt:

„Die Übermittlung personenbezogener Daten über eine Forderung, *der kein Handelsgeschäft unter Gewerbetreibenden zugrunde liegt*, an Auskunftfeien ist nur zulässig, soweit [...]“⁴⁸

Der Telos ist eindeutig. Übermittlungen von Angaben über Forderungen aus einem B2B-Verhältnis sollen nicht den restriktiven Vorgaben von § 28a Abs. 1 BDSG unterliegen. Ob allerdings durch den geplanten Einschub tatsächlich ein Höchstmaß an Rechtssicherheit erreicht worden wäre, darf jedenfalls hinterfragt werden. So wäre insbesondere das Verhältnis der geänderten Norm zu den allgemeineren Bestimmungen der §§ 28, 29 BDSG weiterhin uneindeutig geblieben. Die Frage, ob die Übermittlung von Positivdaten auf gesetzlicher Grundlage oder allein aufgrund einer Einwilligung übermittelt werden dürfen, wäre auch durch den Einschub nicht eindeutig beantwortet worden. Es hätte weiterhin keine Klarheit darüber bestanden, ob nicht auch ein ergänzter § 28a Abs. 1 BDSG eine Sperrwirkung gegenüber der Übermittlung von neutralen oder Positivdaten auf anderer gesetzlicher Grundlage hätte entfalten können. Um diesen Unsicherheiten zu begegnen, wird hier alternativ die Aufnahme eines Absatz 3 in § 28a BDSG angeregt. Dieser könnte wie folgt lauten:

„*Abweichend von Absatz 1 gilt für die Übermittlung von personenbezogenen Daten über eine Forderung, der ein Handelsgeschäft unter Gewerbetreibenden zugrunde liegt, § 28 BDSG.*“

Durch die vorgeschlagene Aufnahme eines Absatz 3 in § 28a BDSG und die darin vorgenommene Bezugnahme allein auf Absatz 1 der Vorschrift wird deutlich, dass Absatz 1 nur für Forderungsdaten aus einem nicht-gewerblichen Datenaustauschverhältnis einen weitergehenden Schutz gewährleisten soll. Für Datenübermittlungen an Auskunftfeien über Forderungen aus einem gewerblichen Datenaustauschverhältnis außerhalb von Bankgeschäften gilt (weiterhin) § 28 BDSG. Von diesem vorrangigen Verhältnis wären (erneut) auch Negativdaten über Gewerbetreibende betroffen.⁴⁹ Die in den §§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bzw. 28 Abs. 2 Nr. 2a) BDSG (weiterhin) vorzunehmende Interessenabwägung ließe dann auch (wieder) formal korrekt deutlich flexiblere und tatsächlich an den Interessen der betroffenen Gewerbetreibenden orientierte Ergebnisse zu, als die sonst in § 28a Abs. 1

BDSG durch den Gesetzgeber vorgegebene, starre Fiktion. Einer Einwilligung in die Übermittlung solcher Daten bedürfte es jedenfalls nicht.

Noch bevor der Gesetzgeber sich dieser Frage – hoffentlich – erneut annehmen wird, könnten bereits die obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich ein Zeichen setzen. Die unterschiedliche Bewertung der hier diskutierten Rechtsfrage innerhalb des Düsseldorfer Kreises sollte im Sinne eines Mehr an Rechtssicherheit aufgegeben werden. In Ergänzung des Beschlusses vom 19. / 20. 4. 2007 „Erhebung von Positivdaten zu Privatpersonen bei Auskunftfeien“ sollte ein weiterer Beschluss gefasst werden, wonach auf positive wie auch negative Forderungsdaten von Gewerbetreibenden weiterhin allein die §§ 28, 29 BDSG Anwendung finden.

VI. Zusammenfassung

Die Beschränkungen des im Rahmen der sog. Scoring-Novelle neu eingeführten § 28a Abs. 1 BDSG erstrecken sich schon heute nicht auf die Übermittlung von neutralen und positiven Forderungsdaten von Einzelunternehmen. Solche Datenübermittlungen an Auskunftfeien sind auf Grundlage von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bzw. § 28 Abs. 2 Nr. 2a) BDSG weiterhin möglich. Anderslautende Auslegungen führen zu einer Diskriminierung handelsregisterlich eingetragener Kaufleute gegenüber juristischen Personen und widersprechen sowohl dem Telos der Vorschrift als auch dem unzweideutigen Willen des Gesetzgebers. Für diesen besteht gleichwohl Handlungsbedarf. Eine Korrektur des im Rahmen der Scoring-Novelle 2009 unterlaufenen redaktionellen Versehens ist überfällig, zumal auch die Einwilligung des Unternehmers nicht als Übermittlungsgrundlage erhalten kann. Das in der zurückliegenden 17. Legislaturperiode angestrebte Gesetzgebungsverfahren muss zur Wiederherstellung von Rechtssicherheit erneut aufgegriffen und in leicht modifizierter Form zum Abschluss gebracht werden. In der Zwischenzeit sollten auch die Aufsichtsbehörden ihren Teil zur Lösung des Problems beitragen. Ein Beschluss der Konferenz der Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern wäre Ausdruck einer konstruktiven Zusammenarbeit mit der datenverarbeitenden Wirtschaft und könnte mit einem starken Signal an den Gesetzgeber verbunden werden.

⁴⁸ Änderungsvorschläge des BMI zu BT-Drs. 17/6020 vom 06.02.2012, S. 25.

⁴⁹ Handelte es sich um Negativdaten eines Gewerbetreibenden, dürften diese schon vor Inkrafttreten von § 28a BDSG regelmäßig an Auskunftfeien übermittelt werden, vgl. BGH, Urteil vom 17. 12. 1985 – VI ZR 244/84, NJW 1986, 2505 f.