

Amédéo Wermelinger

## Bonitätsbeurteilung und datenschutzrechtlich hohes Risiko

---

Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) ist seit dem 1. September 2023 in Kraft. Es sind schon viele Fachbeiträge und Bücher veröffentlicht worden. Im vorliegenden Beitrag geht es um die Formel «hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person», welche im Gesetz – vollständig oder teilweise – immerhin in acht Stellen vorkommt. Wie steht der in Art. 31 Abs. 2 DSG verankerte Rechtfertigungsgrund der Prüfung der Bonität im Verhältnis zu dieser gesetzlichen Formel? Dies gilt es nachfolgend näher zu überprüfen.

---

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge  
Rechtsgebiete: Datenschutz

Zitiervorschlag: Amédéo Wermelinger, Bonitätsbeurteilung und datenschutzrechtlich hohes Risiko, in: Jusletter 22. Januar 2024

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Das hohe Risiko für die Persönlichkeit und die Grundrechte
  - 2.1. Historische Aspekte
  - 2.2. Risiko im Bereich des Datenschutzrechts
  - 2.3. Hohes Risiko
  - 2.4. Gegenstand des hohen Risikos
  - 2.5. Zwischenfolgerungen
3. Prüfung der Bonität
  - 3.1. Die Bonität und deren Zweck im Rahmen des Vertrags
  - 3.2. Gesellschaftlicher Zweck
  - 3.3. Funktionsweise der Bonitätsbeurteilung
    - 3.3.1. Definition der Wirtschaftsauskunftei
    - 3.3.2. Regulierung
    - 3.3.3. Fallweise Prüfung vs. Massenprüfungen (Internetkauf)
    - 3.3.4. Prüfung in verschiedenen Lebenslagen
      - 3.3.4.1. Kauf- bzw. Liefervertrag
      - 3.3.4.2. Bewerbung für einen Arbeitsvertrag
      - 3.3.4.3. Bewerbung für einen Mietvertrag
      - 3.3.4.4. Weitere Situationen der Bonitätsbewertung
  - 3.4. Konsequenzen der Prüfung für die betroffene Person
    - 3.4.1. Keine Gewährung eines Vertragsschlusses gegen Rechnungsstellung
    - 3.4.2. Kein Vertragsschluss
    - 3.4.3. Weitere mögliche Konsequenzen
  - 3.5. Zwischenfolgerungen
4. Europäische Rechtsprechung zum Scoring
  - 4.1. Ausgangslage
  - 4.2. Zusammengefasster Sachverhalt
  - 4.3. Entscheid des Europäischen Gerichtshofes
  - 4.4. Bedeutung des Entscheides für die vorliegenden Überlegungen
5. Schlussfolgerungen

## 1. Einleitung

[1] Unsere heutige Gesellschaft scheint auf den ersten Blick sehr risikoscheu. Für jedes Risiko brauchen wir eine Versicherung.<sup>1</sup> Andererseits sind wir in bestimmten Bereichen bereit, grösste Risiken ohne jegliches Wimpernzucken einzugehen.<sup>2</sup> Haben wir grundsätzlich ein Problem mit der Risikokompetenz, das heisst, mit der Fähigkeit, Risiken zu erkennen, einzuschätzen und vernünftig damit umzugehen?<sup>3</sup> Diese Folgerung liesse sich zumindest aus der Neufassung des DSG

---

<sup>1</sup> Darauf hat sich die Versicherungsbranche bestens eingerichtet. So werden beispielsweise seit einiger Zeit auch «Cyber-Versicherungen» angeboten, welche im weitesten Sinne zum Zweck haben, die Versicherten vor den Folgen eines erfolgreichen Hackings zu schützen.

<sup>2</sup> Als Rechtsanwalt erhält der Unterzeichnete von seinen Klienten systematisch Mitteilungen mit Attachements über sensible Fälle. Selbst der Hinweis an die Klienten, dass der E-Mail-Verkehr in «Postkartenqualität» die Wahrnehmung des Anwaltsgeheimnisses nicht zu gewährleisten vermag, führt zu keiner Abkehr solcher Verhaltensweisen. Im Gegenteil: Der Austausch von vertraulichen Informationen über diesen Kommunikationsweg wird sehr oft als selbstverständlich vorausgesetzt und gefordert.

<sup>3</sup> Siehe zu dieser Frage namentlich: FRED GIGERENZER, Psychologie des Risikos, Warum eine freie Gesellschaft risikokompetente Bürger braucht, in APuZ (Aus Politik und Zeitgeschichte), 3. Juni 2022 (<https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/risikokompetenz-2022/508885/psychologie-des-risikos/>; zuletzt besucht am 31. Oktober 2023).

ableiten, soll die betroffene Person doch nicht weniger als in acht verschiedenen Situationen vom Gesetz vor einem hohen Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte geschützt werden.<sup>4</sup>

[2] Nachfolgend wird zuerst untersucht, wie diese Formel des Gesetzgebers zu verstehen ist (2.). Dann wird die Tätigkeit der Prüfung der Bonität näher erläutert (3.). Schliesslich wird die neuste europäische Rechtsprechung zum Scoring untersucht (4.). Der Beitrag wird durch einige Schlussbemerkungen beendet (5.).

## 2. Das hohe Risiko für die Persönlichkeit und die Grundrechte

### 2.1. Historische Aspekte

[3] Wie ist die hier untersuchte Formel ins Gesetz gekommen? Zunächst gilt es festzustellen, dass diese Formel – in ähnlichem Wortlaut – bereits Gegenstand der DSGVO<sup>5</sup> ist<sup>6</sup>, die im Jahr 2016 vom europäischen Parlament verabschiedet wurde. In der Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017<sup>7</sup> war diese Thematik auch bereits im Zusammenhang mit der Datenschutz-Folgenabschätzung im Art. 20 Abs. 1 E-DSG vorgesehen.<sup>8</sup> Aber auch Art. 21 Abs. 1 E-DSG,<sup>9</sup> Art. 22 Abs. 1 E-DSG<sup>10</sup> und Art. 27 Abs. 2 Bst. c (Prüfung der Kreditwürdigkeit) E-DSG<sup>11</sup> beschäftigten sich mit dem Thema. Diese Sensibilisierung des Bundesrates für hohe Risiken im Bereich des Datenschutzes kam jedoch nicht aus dem Nichts. Bereits am 9. Dezember 2011 veröffentlichte er einen Bericht über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz und insbesondere über dessen bisherige Wirkung. Dabei stellte er eine gestiegene Gefährdungslage fest und definierte die Hauptziele einer kommenden Gesetzesrevision (Ziff. 5.2.2) in folgenden Bereichen: früheres Greifen des Datenschutzes, verstärkte Sensibilisierung der betroffenen Personen, Erhöhung der Transparenz, Verbesserung der Datenkontrolle und -herrschaft, Schutz von Minderjährigen. Es sollte namentlich dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich Minderjährige der Risiken und Folgen der Verarbeitung personenbezogener Daten weniger bewusst sind als Erwachsene.

---

<sup>4</sup> Siehe Art. 5 Bst. g, Art. 6 Abs. 7 Bst. b, Art. 14 Abs. 1 Bst. d, Art. 22 Abs. 1, Art. 22 Abs. 2, Art. 23 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1 und Art. 31 Abs. 2 Bst. c DSG.

<sup>5</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung; Amtsblatt L 119 vom 4. Mai 2016) sowie die drei darauffolgenden Berichtigungen (Amtsblatt L 314 vom 22. November 2016, Amtsblatt L 127 vom 23. Mai 2018, Amtsblatt L 074 vom 4. März 2021), nachfolgend: **DSGVO**.

<sup>6</sup> Auszug aus Art. 35 Abs. 1 DSGVO: «Hat eine Form der Verarbeitung, insbesondere bei Verwendung neuer Technologien, aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge, so führt der Verantwortliche vorab eine Abschätzung der Folgen der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge für den Schutz personenbezogener Daten durch...».

<sup>7</sup> BBl 2017 6941 ff.

<sup>8</sup> BBl 2017 7059.

<sup>9</sup> BBl 2017 7062.

<sup>10</sup> BBl 2017 7064.

<sup>11</sup> BBl 2017 7075.

## 2.2. Risiko im Bereich des Datenschutzrechts

[4] Ein Risiko ist ein Szenario, das ein Ereignis und seine Folgen (Schaden) beschreibt und bezüglich seiner Schwere und seiner Eintrittswahrscheinlichkeit beurteilt.<sup>12</sup> In Deutschland haben die unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder unter dem Label der Datenschutzkonferenz (nachfolgend: DSK) ein Kurzpapier zur Bewertung der Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen verfasst.<sup>13</sup> Diese Bewertung weist die zwei vorgenannten Dimensionen auf: Nämlich erstens die Schwere des Schadens und zweitens die Wahrscheinlichkeit, dass das Ereignis und Folgeschäden eintreten. Was ist im Sinne des Datenschutzrechts überhaupt als Schaden im Sinne des Risikoereignisses zu betrachten? Gemäss den Ausführungen der DSK kann jede unrechtmässige Datenbearbeitung, die nicht den Grundsätzen des Gesetzes entspricht, eine Beeinträchtigung des Grundrechts auf Datenschutz verursachen und daher bereits ein Schadensereignis darstellen. Zudem können solche Datenbearbeitungen noch zusätzliche Risiken, etwa der Diskriminierung natürlicher Personen, nach sich ziehen. Als Beispiel hierfür werden ein fehlerhafter Eintrag in einer Datei für Hausverbote oder eine falsche Einstufung der Kreditwürdigkeit genannt, welche ein Verstoss gegen den Grundsatz der Richtigkeit der bearbeiteten Daten bilden, und somit zu finanziellen Folgeschäden und/oder zu Rufschädigungen führen können. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass ein solches Risiko unter die entsprechende Bestimmung fällt. Das konkrete Vorgehen lautet somit wie folgt:<sup>14</sup>

- a. Es muss zunächst ein Risiko identifiziert werden.
- b. Dann muss abgeschätzt werden, wie hoch:
  - die Eintretenswahrscheinlichkeit
  - und
  - der mögliche Schaden für die betroffene Person ist.
- c. Schliesslich ist das Risiko einer Risikoabstufung zuzuführen.

[5] Gemäss Bundesrat wird das Risiko wie folgt definiert: «...Der Verantwortliche ist demnach verpflichtet, eine Prognose darüber zu machen, welche Folgen eine geplante Datenbearbeitung für die betroffene Person hat. Massgebend ist hierfür insbesondere, auf welche Weise und in welchem Umfang sich eine Bearbeitung auf die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person auswirkt. Bei der Konkretisierung dieses Risikos stehen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie das Recht auf Privatsphäre im Vordergrund. Diese schützen sowohl die Autonomie des Einzelnen als auch dessen Würde und Identität. In Bezug auf Daten bedeutet Autonomie insbesondere, selbständig über die persönlichen Daten verfügen zu können und nicht annehmen zu müssen, dass diese sich in unbekannter Menge in den Händen einer Vielzahl von Drittpersonen befinden, welche darüber unbeschränkt verfügen können. Denn Daten sind eng mit der Identität einer Person verbunden. Wer Daten über eine Person hat und sie miteinander in

---

<sup>12</sup> BENJAMIN DOMENIG/CHRISTIAN MITSCHERLICH/CHANTAL LUTZ, Datenschutzrecht für Schweizer Unternehmen, Stiftungen und Vereine, 2. Auflage, Bern 2022, S. 559; beim DSGVO siehe: FLEMMING MOOS/JENS SCHEFZIG/MARIAN ALEXANDER ARNING, Praxishandbuch DSGVO, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2021, Kapitel 12, N 76.

<sup>13</sup> Siehe DSK, Kurzpapier Nr. 18, Stand 26. April 2018, veröffentlicht in: [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk\\_kpnr\\_18.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_18.pdf) (zuletzt besucht am 23. November 2023).

<sup>14</sup> Zum Ganzen siehe DSK, Kurzpapier Nr. 18, S. 2. Für eine konkrete Vorgehensweise siehe auch die Veröffentlichung der Industrie- und Handelskammer (IHK) Akademie München: <https://www.ihk-muenchen.de/de/Service/Recht-und-Steuern/Datenschutz/Die-EU-Datenschutz-Grundverordnung/Folgenabsch%C3%A4tzung/> (zuletzt besucht am 23. November 2023).

Verbindung bringt, kann ein sehr intimes und umfassendes Bild einer Person erhalten, welches sie freiwillig vielleicht lediglich besonders nahestehenden Personen offenbaren würde. Dies ist nicht nur in Bezug auf die Verfügungsfreiheit problematisch. Vielmehr können Informationen über eine andere Person deren Beziehungen zur Umwelt vielfältig beeinflussen, gegebenenfalls ohne dass die betroffene Person die Gründe kennt (z. B. Stigmatisierung wegen einer Krankheit, Einschränkungen bei Vertragsabschlüssen wegen einer Bonitätseinschätzung etc.). Die betroffene Person kann sich auch dazu gezwungen fühlen, ihr Verhalten zu ändern, beispielsweise weil sie weiss, dass ihr Verhalten überwacht wird. Schliesslich können solche Informationen auch zu Missbrauch einladen, der die Würde des Einzelnen empfindlich treffen kann. Zur Evaluation des Risikos sind die informationelle Selbstbestimmung und das Recht auf Privatsphäre in Beziehung zu setzen zur fraglichen Datenbearbeitung. Die Bearbeitung muss mit anderen Worten im Hinblick auf die Selbstbestimmung, die Identität und die Würde einer betroffenen Person betrachtet werden.»<sup>15</sup>

[6] Vorliegend interessiert jedoch nicht nur, ob irgendein allgemeines Risiko vorliegt,<sup>16</sup> sondern, ob ein «hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person» im Sinne des Gesetzes vorliegt. Dabei muss also die Schwere des möglichen Schadens und die Höhe der Eintretenswahrscheinlichkeit eine entsprechende Einstufung rechtfertigen. Zudem muss der Schaden die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person betreffen.

### 2.3. Hohes Risiko

[7] Das hohe Risiko wurde durch den Bundesrat im Zusammenhang mit Art. 20 E-DSG wie folgt erläutert: «Von einem hohen Risiko ist grundsätzlich auszugehen, wenn die spezifischen Eigenschaften der geplanten Datenbearbeitung darauf schliessen lassen, dass die Verfügungsfreiheit der betroffenen Person über ihre Daten in hohem Masse eingeschränkt wird oder werden kann. Das hohe Risiko kann sich beispielsweise ergeben aus der Art der bearbeiteten Daten bzw. deren Inhalt (z. B. besonders schützenswerte Daten), der Art und dem Zweck der Datenbearbeitung (z. B. Profiling), der Menge an bearbeiteten Daten, der Übermittlung in Drittstaaten (z. B. wenn die ausländische Gesetzgebung keinen angemessenen Schutz gewährleistet) oder wenn eine grosse oder gar unbegrenzte Anzahl Personen auf die Daten zugreifen können. Absatz 2 konkretisiert dies weiter und hält fest, dass sich das hohe Risiko aus der Art, dem Umfang, den Umständen und dem Zweck der Bearbeitung ergibt. Je umfangreicher die Bearbeitung, je sensibler die bearbeiteten Daten, je umfassender der Bearbeitungszweck, umso eher ist ein hohes Risiko anzunehmen. Beispielhaft zählt die Bestimmung zwei Fälle auf, in denen ein hohes Risiko vorliegt. Nach Buchstabe a liegt ein solches vor, wenn in umfangreicher Form besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden, wie dies beispielsweise bei medizinischen Forschungsprojekten der Fall sein kann. Nach Buchstabe b besteht bei einem Profiling ebenfalls ein hohes Risiko. Dasselbe kann gelten im Falle von Entscheidungen, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung, einschliesslich Profiling, beruhen und für die betroffene Person mit einer Rechtsfolge verbunden sind oder sie erheblich beeinträchtigen. Solche Entscheidungen können gegebenenfalls für die betroffene Person mit erheblichen Folgen verbunden sein. In solchen Fällen ist ebenfalls

---

<sup>15</sup> BBl 2017 7059 f.

<sup>16</sup> So namentlich: PHILIPPE GILLIÉRON, in *Loi fédérale sur la protection des données*, Philippe Meier/Sylvain Métille (Hrsg.), commentaire romand, Basel 2023, N 26 zu Art. 22 DSG.

eine Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich. Nach Buchstabe c besteht schliesslich ein hohes Risiko, wenn systematisch umfangreiche öffentliche Bereiche überwacht werden. Zu denken ist beispielsweise an die Überwachung einer Bahnhofshalle.»<sup>17</sup> Dabei ist jedoch zu bemerken, dass Art. 22 Abs. 2 DSG den im Entwurf enthaltenen Bst. b (Profiling) als Beispiel von hohem Risiko im heutigen Gesetz nicht mehr aufführt, da gemäss dem Gesetzgeber nicht jedes Profiling mit einem hohen Risiko verbunden ist (siehe dazu auch Art. 31 Abs. 2 Bst. c Ziff. 1 DSG, welcher eben gerade ein «Profiling mit hohem Risiko verlangt» was aufzeigt, dass es Profiling ohne hohes Risiko gibt).<sup>18</sup>

[8] In Deutschland wird beispielsweise ausgeführt, dass die Verwendung von Daten aus öffentlichen Registern in der Regel zu einem geringen Risiko bzw. zu einem geringen Schutzbedarf führt.<sup>19</sup> Die europäische Artikel 29 Datenschutzgruppe hat eine schwarze Liste verfasst, welche beispielhaft Datenbearbeitungen aufführt, welche ein hohes Risiko im Sinne des europäischen Rechts aufweisen.<sup>20</sup> In der Schweizer Lehre wird öfter auf diese Liste verwiesen, die selbstverständlich im inländischen Recht nicht verbindlich ist. Dabei fällt in den Beispielen auf, dass die Prüfung der Bonität per se nicht als hohes Risiko betrachtet wird. Hingegen werden Beispiele im Zusammenhang mit Kreditauskunfteien<sup>21</sup> genannt, in welchen die Prüfung der Bonität im Zusammenhang mit anderen Prüfungsmechanismen zu einem hohen Risiko führen können:

- Ein Finanzinstitut, das eine von Kreditauskunfteien betriebene Datenbank, eine im Sinne der Verfahren für die Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (AML/CTF) eingerichtete Datenbank oder eine Betrugsdatenbank nach seinen Kunden durchsucht;<sup>22</sup>
- Fälle, in denen die Verarbeitung an sich «die betroffenen Personen an der Ausübung eines Rechts oder der Nutzung einer Dienstleistung bzw. Durchführung eines Vertrags hindert». Hierzu zählen Verarbeitungsvorgänge, mit deren Hilfe Betroffenen der Zugriff auf eine Dienstleistung oder der Abschluss eines Vertrags gestattet, geändert oder verwehrt werden soll. Hierfür sei als Beispiel eine Bank genannt, die eine von Kreditauskunfteien betriebene Datenbank nach ihren Kunden durchsucht, um über Kreditvergaben zu entscheiden.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> BBl 2017 7060 f.

<sup>18</sup> Siehe dazu: AB 2019 N 1810 f. sowie AB 2019 S 1244: «Es ist für die Kommissionsmehrheit daher folgerichtig, hier bei Artikel 20 nicht jedes Profiling mit einem hohen Risiko zu verbinden.» Für ausführliche Analysen und Beispiele siehe DAVID ROSENTHAL, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020, N 27 sowie N 42 Bst. b.

<sup>19</sup> Veröffentlichung der Industrie- und Handelskammer (IHK) Akademie München: <https://www.ihk-muenchen.de/de/Service/Recht-und-Steuer/Datenschutz/Die-EU-Datenschutz-Grundverordnung/Folgenabsch%C3%A4tzung/> (zuletzt besucht am 23. November 2023), in der Tabelle unter Titel: Schutzbedarfskategorien – Schadensschwere. Siehe auch die Tabelle in ROSENTHAL (Fn. 18), N 153.

<sup>20</sup> Datenschutzgruppe nach Artikel 29, Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 «wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt», Stand vom 4. Oktober 2017, S. 10 ff., nachfolgend: **Art. 29-DSG-Leitlinien** (<https://datenrecht.ch/datenschutz-folgenabschaetzung-leitlinien-der-artikel-29-arbeitsgruppe/>, zuletzt besucht am 23. November 2023).

<sup>21</sup> In der Schweiz wird üblicherweise zwischen Kreditauskunfteien und Wirtschaftsauskunfteien unterschieden. Bonitätsauskünfte werden von Wirtschaftsauskunfteien und nicht von Kreditauskunfteien verfasst (siehe dazu: ECOPLAN, Analyse zu den Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien, Zuhanden des Bundesamtes für Justiz (BJ), 10. Oktober 2018, Bern, S. 9; <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/66648.pdf>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2023; nachfolgend: **ECOPLAN**). Siehe auch nachfolgend Ziff. 3.3.1.

<sup>22</sup> Art. 29-DSG-Leitlinien, S. 10.

<sup>23</sup> Art. 29-DSG-Leitlinien, S. 12.

## 2.4. Gegenstand des hohen Risikos

[9] Das hohe Risiko besteht also nur bei hoher Eintretenswahrscheinlichkeit<sup>24</sup> und hohem, ungerechtfertigten Schaden. Tatsächlich sind konzeptionell nur jene negativen Auswirkungen zu berücksichtigen, die ungerechtfertigt sind.<sup>25</sup> Schliesslich muss sich das Schadensrisiko auf die Persönlichkeit oder auf die Grundrechte der betroffenen Person auswirken. Das bedeutet, dass andere Rechtsfolgen (beispielsweise Vertragsschluss gegen Vorauszahlung statt gegen Rechnungsstellung) auf den ersten Blick für die Bewertung des Risikos nicht relevant sind. Ebenso ist fraglich, inwieweit der Nichtabschluss eines Mietvertrags aus finanziellen Gründen unter diesen Tatbestand fällt. Immerhin gibt es keinen privatrechtlichen Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrags und es kommt hinzu, dass der Abschluss eines Mietvertrags, welcher die finanziellen Möglichkeiten und Fähigkeiten einer betroffenen Person übersteigt, sich auch als Schuldenfalle für sie erweisen kann. Worin die Persönlichkeits- oder Grundrechtsverletzung beruhen soll, wenn man eine interessierte Person vor einer solchen Konsequenz bewahrt, erschliesst sich nicht auf den ersten Blick.

[10] Zum hohen Risiko werden im neuen Gesetz – im Zusammenhang mit der Pflicht zur Vornahme einer Datenschutzfolgeabschätzung – einige beispielhafte Erläuterungen gemacht. So liegt das hohe Risiko vor bei Verwendung von neuen Technologien, welche aufgrund der Art, des Umfangs, des Umstandes und des Zweckes der Bearbeitung zu einer hohen Eintretenswahrscheinlichkeit von schweren Schäden führt.<sup>26</sup> Dies trifft namentlich zu bei einer umfangreichen Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder bei der systematischen Überwachung von umfangreichen öffentlichen Bereichen. Der Bundesrat fügt noch ein weiteres Beispiel bei: «Daselbe kann gelten im Falle von Entscheidungen, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung, einschliesslich Profiling, beruhen und für die betroffene Person mit einer Rechtsfolge verbunden sind oder sie erheblich beeinträchtigen.»<sup>27</sup> An dieser Stelle erörtert der Bundesrat jedoch leider nicht, an welche Rechtsfolge oder erhebliche Beeinträchtigung er genau denkt. Die Nichtgewährung einer Leistung gegen Rechnungsstellung bzw. der Nichtabschluss eines privatrechtlichen Vertrags sind wohl kaum «Rechtsfolgen». Es besteht ja in der Regel zwischen den möglichen Parteien noch gar keine Rechtsbeziehung. Zudem ist auch unklar, ob eine solche Konsequenz für die betroffene Person eher als Fluch oder als Segen zu bezeichnen ist. Zweck der Bonitätsabklärung ist ja die Frage, ob die finanziellen Fähigkeiten der betroffenen Person, einen entsprechenden Vertragsschluss mit Sonderkonditionen ermöglichen (Bezahlung auf Rechnung statt Zug-um-Zug-Geschäft, in welchem die Leistungen im Austauschverhältnis erbracht werden also Geld gegen Ware oder gegen Dienstleistung). Das Modell des Zug-um-Zug-Geschäfts liegt grundsätzlich unserem Rechtsverständnis zugrunde und kann nicht als Nachteil gewertet werden. Demzufolge ist die Erbringung einer Leistung bzw. die Lieferung einer Ware gegen Rechnungsstellung als freiwilliges Entgegenkommen des Anbieters gegenüber dem Konsumenten zu betrachten. Deshalb müsste man meinen, dass eine Kontrolle, ob ein solches Entgegenkommen

---

<sup>24</sup> Ein Eintreten des Risikos ist hingegen nicht erforderlich (ROSENTHAL [Fn. 18], N 151).

<sup>25</sup> ROSENTHAL (Fn. 18), N 151: «Für den Vandalen, der mit Hilfe ihrer Aufzeichnungen geschnappt wird, hat sie zwar eine negative Auswirkung, sie führt aber nicht zu einem hohen Risiko.»

<sup>26</sup> Unklar scheint dabei, ob der Gesetzgeber damit eine Abkehr vom Grundsatz der Technikneutralität des Datenschutzrechts beabsichtigt, da ausdrücklich «neue Technologien» ins Auge gefasst werden sollen. Interessant wäre zudem eine Studie der Beziehung zwischen Art. 7 (Technikgestaltung im Sinne von «Privacy by design» und «Privacy by default») und Art. 22 Abs. 2 DSGVO.

<sup>27</sup> BBl 2017, 7061.

eingegangen werden kann oder finanziell hohe Risiken damit verbunden sind, stets legitim sein sollte. Wie damit ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte des Konsumenten verbunden sein soll, lässt sich nur schwer begründen.

## 2.5. Zwischenfolgerungen

[11] Es ist bis zu diesem Punkt der Analyse zumindest unklar, ob die Folgen aus einer Bonitätsbeurteilung ohne weiteres als vom Datenschutzrecht abgedeckte schädigende Ereignisse betrachtet werden können oder nicht. Der Abschluss zu bestimmten Konditionen eines Vertrags fällt wohl kaum unter den Begriff und die Kategorie des hohen Risikos für die Persönlichkeit und die Grundrechte der betroffenen Person. Das muss nachfolgend allenfalls beim Nichtabschluss eines Vertrags noch ein wenig differenzierter betrachtet werden.

[12] Das gesetzliche System und insbesondere Art. 31 Abs. 2 Bst. c Ziff. 1 DSG zeigen zudem auf, dass es Bonitätsbeurteilungen geben muss, die keine hohen Risiken für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person im Sinne des Datenschutzgesetzes verursachen.<sup>28</sup> Nachfolgend gilt es, auch dieser Fragestellung noch weiter auf den Grund zu gehen, um zu überprüfen, wo dies insbesondere der Fall ist.

## 3. Prüfung der Bonität

### 3.1. Die Bonität und deren Zweck im Rahmen des Vertrags

[13] Mit Bonität bezeichnet man die Fähigkeit eines Unternehmens oder einer Person, laufende Zahlungsverpflichtungen vereinbarungsgemäss zu erfüllen (Solvabilität).<sup>29</sup> Bonitäts- und Wirtschaftsauskünfte dienen in erster Linie dem vorbeugenden «Kreditschutz» bzw. der Informationsbeschaffung zwischen möglichen künftigen Geschäftspartnern.<sup>30</sup> Dabei muss der «Kreditschutz» eben im weiten Sinne verstanden werden: Es geht nicht sehr häufig darum, dass ein Geschäftspartner dem anderen direkt im Sinne eines Darlehens Geld übergibt. In der Regel besteht der «Kredit» darin, dass ein Dienstleister oder ein Lieferant seine Leistung erbringt, ohne im Voraus oder im Gegenzug bezahlt worden zu sein. Er stellt eine Rechnung und vertraut darauf, dass der Dienstleistungsempfänger oder Erwerber den in Rechnung gestellten Betrag innert Frist bezahlen wird. Somit fusst die Wirtschaftstätigkeit auf dem Vertrauen einer Partei, die in die

---

<sup>28</sup> So auch SANDRA HUSI-STÄMPFLI/ANNE-SOPHIE MORAND/URSULA SURY, *Datenschutzrecht*, Zürich 2023, N 117; MONIKA PFAFFINGER, in *Datenschutzgesetz*, Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli/Dominika Blonski, 2. Auflage, Bern 2023, N 69 zu Art. 31 DSG; ROSENTHAL (Fn. 18), N 42 Bst. b. Siehe schliesslich den undatierten Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 16.3682 Schwaab vom 21. September 2016, Rechtsrahmen der Praktiken von Wirtschaftsauskunften, S. 35 (nachfolgend: **PFAFFINGER Handkommentar**; siehe auch: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/66648.pdf>; zuletzt eingesehen am 25. November 2023): «In Bezug auf die Frage, ob Persönlichkeitsprofile erstellt werden oder Profiling mit hohem Risiko vorliegt, kann immerhin das Urteil Moneyhouse beigezogen werden: In diesem wurde entschieden, dass eine Prüfung der Kreditwürdigkeit, bei welcher nicht nur Daten zur wirtschaftlichen Situation bzw. zur Zahlungsfähigkeit einer Person, sondern auch Daten zu weiteren Aspekten der Persönlichkeit (wie der privaten Wohn- und Lebenssituation) herangezogen werden, als Persönlichkeitsprofil zu qualifizieren ist. Nach neuem Recht würde in diesem Fall entsprechend von einem Profiling mit hohem Risiko ausgegangen.» Noch klarer positioniert: RAOUL EGELI, *Bonitätsrisiken, Erkennen, bewerten, vermeiden*, 3. Auflage, Zürich 2023, S. 45 (nachfolgend: **EGELI Bonität**).

<sup>29</sup> EGELI *Bonität* (Fn. 28), S. 168.

<sup>30</sup> EGELI *Bonität* (Fn. 28), S. 101.



Vorleistung geht. Ein solches Verhalten kann jedoch für diese Partei das Risiko bergen, dass das Vertrauen nachträglich enttäuscht wird. Um sich möglichst dagegen zu schützen, kann der Vorleistende daran interessiert sein, Informationen einzuholen, welche es ihm erlauben, die Höhe des Risikos – im Sinne der Eintretenswahrscheinlichkeit des Zahlungsausfalles – im Voraus zu bewerten.

[14] Die Prüfung der Bonität hat also nichts Anrühiges: Im Gegenteil, es liegt im legitimen Interesse derjenigen Partei, die in die Vorleistung geht und dem Vertragspartner Vertrauen entgegenbringen soll. Dabei weiss man seit jeher: Vertrauen ist gut, solange dieses nicht blind gewährt wird. Es spricht also weder ein ethischer noch viel weniger ein rechtlicher Grund gegen eine Absicherung der Vorleistung durch eine nähere Überprüfung des Vertragspartners. Dies hat im Übrigen auch der Gesetzgeber in Art. 31 Abs. 2 Bst. a *DSG* verankert, der es dem Vertragspartner ausdrücklich erlaubt, selbst Personendaten zu bearbeiten, welche im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrags stehen: Dies erlaubt ihm, selbst Nachforschungen zur Bonität des Vertragspartners anzustellen.<sup>31</sup> Nur ist sehr oft sein Problem, dass er dafür über keine nützlichen Informationsquellen verfügt.

### 3.2. Gesellschaftlicher Zweck

[15] Zunächst gilt es zu präzisieren, dass die Prüfung der Bonität im Sinne von Art. 31 Abs. 2 Bst. c *DSG* sehr eng mit der Fragestellung der Zahlungsausfälle zusammenhängt. Dabei darf nicht vergessen werden, dass in der Schweiz beispielsweise im Jahr 2021 über 16'000 Privat- und Firmenkonkurse verfügt worden sind. Im selben Jahr betrug der Verlust aus den abgeschlossenen Konkursverfahren über CHF 4.1 Mia.<sup>32</sup> Die Verluste aus normalen Betreibungen, aus freiwilligen Abschreibungen – sei es, weil man den Schuldern entgegenkommt oder das Vertrauen in ein System verloren hat, das oft ausser Kosten und Schuldscheinen erschreckend wenig produziert – bzw. aus anderweitig geführten Verfahren, sind in den vorstehend aufgeführten Zahlen noch gar nicht enthalten. Der reelle gesamtwirtschaftliche Schaden ist somit um ein Mehrfaches höher. Dieser Schaden geht letztlich zulasten der guten Zahler und der Gläubiger, welche höhere Preise in Kauf nehmen müssen bzw. einen Einbruch der Margen erleiden.<sup>33</sup>

[16] Sodann geht es darum, zu präzisieren, dass es bei der Prüfung der Bonität im Sinne von Art. 31 Abs. 2 Bst. c *DSG* eben gerade nicht um eine Situation geht, in welcher die betroffene Person einen Bankkredit erwünscht und die Bank eine entsprechende Abklärung der Kreditwürdigkeit über einen Dritten vornimmt. Solche Themen werden sehr oft bankintern mit entsprechenden Instrumenten und Formularen bzw. Algorithmen gelöst. Bei der Prüfung der Bonität geht es oft darum, dass der Erbringer einer Dienstleistung oder der Lieferant eines Produktes seine Leistung gegen Rechnungsstellung erbringen soll. Das heisst, er geht in eine Vorleistung und möchte wissen, ob die damit eingegangenen Risiken akzeptabel sind oder nicht. Ist dies nicht der

---

<sup>31</sup> ROSENTHAL (Fn. 18), N 42: «... Deren Kunden (d.h. jene Unternehmen, die die Auskunft nutzen, um darüber zu entscheiden, ob sie einem Konsumenten Kredit gewähren oder nicht) werden nicht eingeschränkt, denn sie können sich auf den Rechtfertigungsgrund des Vertragsabschlusses berufen (Art. 31 Abs. 2 Bst. a *revDSG*) ...»

<sup>32</sup> EGELI Bonität (Fn. 28), S. 22 – 37. Siehe ähnlich MONIKA PFAFFINGER, Das Recht auf informationellen Systemschutz, Habilitationsschrift, Basel 2022, N 1354 f. (nachfolgend: PFAFFINGER **Systemschutz**).

<sup>33</sup> Zum Ganzen: EGELI Bonität (Fn. 28), S. 36 ff.

Fall, so wird das Geschäft regelmässig trotzdem abgeschlossen, aber einfach gegen Vorauszahlung oder mindestens in einem Zug-um-Zug-Geschäft.

[17] Die Prüfung der Bonität wird in der Lehre mitunter sehr schwarz und negativ dargestellt. Sie sei quasi für die betroffene Person intransparent und ausnahmslos negativ in ihren Konsequenzen.<sup>34</sup> Auch die Politik wollte diese Tätigkeit schon in engere Schranken weisen.<sup>35</sup> Der Bundesrat trägt in seinem Entwurf des neuen DSG gewissen Anliegen in Bezug auf die Tätigkeit von Wirtschaftsauskunftsdiensten Rechnung. So müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Prüfung der Bonität als überwiegendes Interesse gelten kann. Die Bestimmung wird im Verhältnis zum bisherigen Recht leicht verschärft, insbesondere um dem Risiko Rechnung zu tragen, das mit dieser Art der Datenbearbeitung vermeintlich einhergeht.<sup>36</sup>

[18] Die Prüfung der Bonität erfüllt indes – insbesondere aufgrund der vorstehend aufgeführten Zahlen – zwei sehr bedeutende gesellschaftliche Zwecke, die es nicht zu unterschätzen gilt:

- Einerseits erlaubt sie einem Leistungserbringer oder Lieferanten, zu überprüfen, dass eben ein künftiger Vertragspartner solvent ist. Das verstärkt das Vertrauen im geschäftlichen Austausch und wird ihm erlauben, in die Vorleistung zu gehen, ohne dass die andere Partei quasi die Leistung oder die Lieferung im Voraus zahlen muss. Unsere traditionelle Wirtschaft in der Schweiz ist eben gerade darauf ausgerichtet, dass sehr viele Leistungen im Voraus und auf Rechnungsstellung erbracht werden. Wollte man die Tätigkeit der Prüfung der Bonität einfach so aufheben, bestünde ein erhebliches Risiko, dass die Geschäftstätigkeiten in unserem Land einen signifikanten und wohl allseits ungewünschten Wandel erfahren würden: Ein Leistungserbringer oder ein Lieferant würde seinen vertraglichen Pflichten nur gegen Vorauszahlung oder im Rahmen eines Zug-um-Zug-Geschäftes nachkommen. Dies würde die Funktionsweise unserer Wirtschaft empfindlich stören und verändern.
- Andererseits ist klar zu präzisieren, dass ein negatives Scoring bei der Prüfung der Bonität in aller Regel nicht zu einer Unmöglichkeit des Vertragsschlusses führt, wie manchmal in dogmatischen Abhandlungen fälschlicherweise angenommen wird. In den allermeisten Geschäften führt ein negatives Scoring nur dazu, dass der Vertragspartner eben ausnahmsweise auf eine Vorauszahlung beharrt. Dies alleine darf jedoch noch nicht als negativ verschrien werden. Zum Einen besteht ja kein rechtlicher Anspruch auf eine Vorleistung des Vertragspartners. Zum Anderen wird eben gerade ein solches Verhalten des Vertragspartners dazu führen, dass sich die schwächere Vertragspartei nicht noch unnötig und zusätzlich höher verschuldet. Dies ist nicht per se ein negativer wirtschaftlicher Effekt. Im Gegenteil, namentlich im Konsumkreditbereich wird eine solche Folge ja ausdrücklich vom Gesetzgeber angestrebt.<sup>37</sup> Nun kann man ja nicht einerseits einer zu hohen Verschuldung im Bankbereich von Gesetzes wegen einen Riegel schieben wollen, und auf der anderen Seite behaupten

---

<sup>34</sup> PFAFFINGER Systemschutz (Fn. 32), N 1364 ff. zeichnet ein sehr einseitiges und düsteres Bild dieser Tätigkeit. Die unausgewogene Analyse trägt der gesellschaftlichen Bedeutung der Prüfung der Bonität in keiner Weise Rechnung.

<sup>35</sup> Postulat Schwaab 16.3682 «Die Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunftsstellen einschränken, spezifische Massnahmen in Bezug auf Wirtschaftsauskunftsstellen prüfen».

<sup>36</sup> BBl 2017 7074 f.

<sup>37</sup> Siehe die Kreditfähigkeitsüberprüfung gemäss Art. 22 ff. Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. Mai 2001 (SR 221.214.1). Dabei sieht Art. 23 des Gesetzes die Führung einer Datensammlung und die Anforderungen daran vor. Siehe auch die Erläuterungen des Bundesrates, namentlich in BBl 1999 III 3165 bzw. 3167 f. Skeptisch im Hinblick auf die Effizienz der Instrumente des Konsumkreditgesetzes als einzige Massnahme der Einschränkung von Verschuldung: EGELI Bonität (Fn. 28), S. 36.

ten, dass eine solche Wirkung im allgemeinen Wirtschaftsleben «ein hohes Risiko für die Persönlichkeit und die Grundrechte» darstellen würde. Dies wäre im höchsten Rahmen widersprüchlich.

[19] Damit ist es an der Zeit, dass der gesellschaftliche Zweck der Prüfung der Bonität, der weit über dem reinen Interesse des Vertragspartners bzw. der «Auskunftei» hinausgeht, in die Risikobewertung einfließt. Es ist tatsächlich sowohl im Sinne der Wirtschaft als auch im Sinne der betroffenen Person, dass in geschäftlichen Situationen auch darauf Acht gegeben wird, keine übermässigen Risiken in der Erbringung von Leistungen oder Lieferungen im Voraus einzugehen. Dies scheint bisher noch in keiner Weise gewürdigt worden zu sein.

[20] In seiner Beurteilung des Rechtsrahmens der Praktiken von Wirtschaftsauskunfteien kommt der Bundesrat zu folgendem Schluss: «Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bundesrat den Handlungsbedarf anerkennt, die Transparenz bei der Datenbeschaffung, der Berechnung der Bonität und der Datenbekanntgabe zu stärken. Im Übrigen erachtet er es als erforderlich, dass bei der Berechnung der Score-Werte auf den Einbezug persönlicher Merkmale (wie zum Beispiel Geschlecht und Wohngegend), die nicht auf die individuelle Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit der betroffenen Person zugeschnitten sind, verzichtet wird. Zusätzliche Regelungen und verpflichtende Massnahmen erachtet der Bundesrat aber als nicht verhältnismässig.»<sup>38</sup>

### 3.3. Funktionsweise der Bonitätsbeurteilung

[21] Nachfolgend geht es nicht darum, eine umfassende Darstellung der Tätigkeit der Bonitätsbeurteilung abzugeben, sondern nur grobe Grundzüge dieser Tätigkeit vorzustellen und auf jene Punkte einzugehen, die aus datenschutzrechtlicher Sicht relevant erscheinen. Für weitere Ausführungen wird auf die Fachliteratur verwiesen.<sup>39</sup>

#### 3.3.1. Definition der Wirtschaftsauskunftei

[22] Vorab ist es jedoch erforderlich, noch kurz den Begriff der Wirtschaftsauskunftei zu definieren. Wirtschaftsauskunfteien sind in der Regel die Anbieter von Bonitätsbewertungen. Dabei wird im vorliegenden Text auf folgenden Begriff abgestützt: «Wirtschaftsauskunfteien sind Organisationen, welche Informationen zur Zahlungsfähigkeit (Bonität, Solvabilität) von Unternehmen und natürlichen Personen anbieten. Das Produkt dieser Tätigkeit sind Bonitätsauskünfte, welche meist dazu dienen, die Zahlungsfähigkeit eines Vertragspartners oder potenziellen Kunden vor Vertragsabschluss zu prüfen.»<sup>40</sup>

[23] Die Wirtschaftsauskunftei ist von anderen Geschäftsmodellen zu unterscheiden, namentlich von:

---

<sup>38</sup> Undatierter Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 16.3682 Schwaab vom 21. September 2016, Rechtsrahmen der Praktiken von Wirtschaftsauskunfteien, S. 36. (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/66648.pdf>; zuletzt eingesehen am 25. November 2023).

<sup>39</sup> Siehe dazu namentlich EGELI Bonität (Fn. 28), S. 166 ff. sowie RAOUL EGELI, Verluste vermeiden. Erfolgreiches Credit- und Debitorenmanagement in der Praxis, 2. Auflage, St. Gallen 2010, S. 54 ff. (nachfolgend: **EGELI Verluste**).

<sup>40</sup> ECOPLAN, S. 9.

- a. Kreditauskunfteien<sup>41</sup>: Kreditauskunfteien bereiten u.a. Informationen zur Aufnahme von allgemeinen (Bank-)Krediten, zur Eröffnung von Girokonten, zur Beantragung von Kreditkarten oder zum Eingehen von Leasingverträgen auf. Für den Konsumkredit in der Schweiz ist die Zentralstelle für Kreditinformationen (ZEK) gemäss Gesetz als Kreditauskunftei tätig. Die Informationsstelle für Konsumkredite (IKO) führt die entsprechenden Datenbanken.<sup>42</sup> Im Unterschied zu den Wirtschaftsauskunfteien handelt es sich bei den Datenbanken der IKO und der ZEK um klar festgelegte Informationen und der Zugriff auf die Datenbanken und den Nutzerkreis, welche in Anwendung der Gesetzgebung über den Konsumkredit geführt werden, ist beschränkt.<sup>43</sup>
- b. Onlineportale<sup>44</sup>: Diese verfügen zwar ebenfalls über Wirtschaftsinformationen, aber im Unterschied zu den Wirtschaftsauskunfteien erteilen sie selbst keine Bonitätsauskünfte, können aber als Wiederverkäufer Bonitätsauskünfte anbieten.
- c. Inkassounternehmen: Diese treiben vor allem Forderungen ein. Als Nebenprodukt dieser Tätigkeit verfügen sie ebenfalls über Wirtschaftsinformationen im Bereich des Zahlungsverhaltens.

### 3.3.2. Regulierung

[24] Die Bonitätsbeurteilung im Sinne von Art. 31 Abs. 2 Bst. c DSG ist eine privatrechtliche Tätigkeit, die auf Vertrag basiert und nicht im Gesetz spezifisch normiert wird. Die grössten Wirtschaftsauskunfteien in der Schweiz haben sich immerhin zusammengeschlossen, um gemeinsam Verhaltensregeln im Sinne der Selbstregulierung zu definieren und der neuen Datenschutzgesetzgebung anzupassen.<sup>45</sup> Auf diese Selbstregulierung – noch in ihrer altrechtlichen Fassung – verweist übrigens auch bereits der Bericht des Bundesrates.<sup>46</sup> Diese Verhaltensregeln beruhen

---

<sup>41</sup> Kreditauskunfteien bereiten u.a. Informationen zur Aufnahme von allgemeinen (Bank-)Krediten, zur Eröffnung von Girokonten, zur Beantragung von Kreditkarten oder zum Eingehen von Leasingverträgen auf.

<sup>42</sup> Art. 23 Abs. 3 Konsumkreditgesetz bezeichnet die IKO zudem ausdrücklich als Bundesorgan im Sinne des DSG, womit es den entsprechenden Bestimmungen unterliegt.

<sup>43</sup> ECOPLAN, S. 10. Siehe dazu auch Art. 5 ff. der Statuten der IKO (<https://www.iko-info.ch/getattachment/5103fd78-3098-4e64-8317-c3a54e963c78/DD-013-I-IKO-Statuten-V1-1-2010-03-31.aspx>; zuletzt eingesehen am 13. Dezember 2023) sowie Ziff. 3 ff. des Reglements I betreffend der Abwicklung des Geschäfts- und Transaktionsverkehrs mit der ZEK ([https://www.zek.ch/getattachment/6b3cf7d8-4db9-4b9b-af45-381c87fceb9/ZEK-Reglement-I-\(DE\).aspx](https://www.zek.ch/getattachment/6b3cf7d8-4db9-4b9b-af45-381c87fceb9/ZEK-Reglement-I-(DE).aspx); zuletzt eingesehen am 13. Dezember 2023).

<sup>44</sup> Beispielsweise: Moneyhouse.ch oder business-monitor.ch (zuletzt eingesehen am 13. Dezember 2023).

<sup>45</sup> IG Wirtschaftsauskunfteien, Verhaltensregeln für die Bearbeitung von Daten über natürliche Personen durch Wirtschaftsauskunfteien in der Schweiz vom 25. August 2023 (<https://ig-wa.ch/wp-content/uploads/2022/05/202308-Verhaltensregeln-IGWA-Final-D.pdf>; zuletzt besucht am 26. November 2023).

<sup>46</sup> Undatierter Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 16.3682 Schwaab vom 21. September 2016, Rechtsrahmen der Praktiken von Wirtschaftsauskunfteien, S. 23 f. (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/66648.pdf>; zuletzt eingesehen am 25. November 2023): «Am 21. April 2020 haben die vier grossen, in der Schweiz tätigen Wirtschaftsauskunfteien Bisnode D&B Schweiz AG, Creditreform AG, CRIF AG und Intrum AG einen Verhaltenskodex unterzeichnet, der am 15. Mai 2020 in Kraft getreten ist. Die festgelegten Regeln beziehen sich ausschliesslich auf die Bearbeitung von Daten über natürliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz. Inhaltlich regelt der Verhaltenskodex insbesondere die Kategorien der von der Bearbeitung betroffenen Personendaten, die Speicherfristen dieser Daten, Angaben zur Datenbewertung und die bei der Handhabung des Auskunftsrechts zu beachtenden Grundsätze. Die vier Wirtschaftsauskunfteien listen in der Vereinbarung Daten (wie z.B. Name, Adresse, Zahlungsverhalten) auf und teilen diese in Daten zur «Identifikation» der Person und Daten zur «Bonitätsprüfung» ein. Die Wirtschaftsauskunfteien verpflichten sich, ausschliesslich die aufgeführten Datenkategorien zu bearbeiten. Von der Bearbeitung ausgenommen sind gemäss der Vereinbarung unter anderem Informationen zu Religion, Politik, Gesundheit, Intimsphäre, Rassenzugehörigkeit oder über administrative oder

zwar auf Freiwilligkeit, aber man darf sich gemäss interner Vereinbarung nur darauf berufen, wenn man sie auch einhält. Mit diesen Verhaltensregeln sollen gemeinsame Qualitätsstandards geschaffen und die Bearbeitungsgrundsätze des DSGVO, insbesondere von Art. 6 konkretisiert werden (rechtmässige Datenbearbeitung, Transparenz- und Zweckbindungsgebot, Verhältnismässigkeit, Handhabung von Informationsansprüchen, inhaltliche Richtigkeit von Informationen). Die vom Bundesrat empfohlene Stärkung der Selbstregulierung<sup>47</sup> wurde in der Zwischenzeit umgesetzt.

[25] In Ziff. 7 der Verhaltensregeln werden die Kategorien von Daten über Privatpersonen definiert, welche abschliessend im Rahmen der Bonitätsprüfung verwendet werden dürfen. Dabei handelt es sich einerseits um Identifikationsinformationen (Name, Vorname, Ledigname, Geburtsdatum und Todesdatum, Geburts- oder Heimatort/-land, Geschlecht, Adressen, Kontaktdaten, wie: Telefonnummern, Faxnummern, E-Mail-Adressen, URLs, Zivilstand, Ehepartner, Berufe, Verbindungen zu juristischen Personen) und Bonitätsdaten (Zahlungsverhalten, Daten aus dem Forderungsmanagement, Daten aus öffentlichen Registern, wie: Betreibungsregister, Einwohnerregister, Handelsregister, amtliche Meldungen, Bonitätsscore). Nicht für die Bonitätsbeurteilung bearbeitet werden somit namentlich folgende Personendaten: Daten über religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten, Daten über die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Zugehörigkeit zu einer Rasse oder Ethnie, genetische Daten, biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren, verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen, Massnahmen der sozialen Hilfe, Social-Media-Daten, Autonummern, Pass, ID, Ausländerausweis, Führerausweis, Daten von Minderjährigen (siehe dazu Art. 31 Abs. 2 Bst. c Ziff. 4 DSGVO).

[26] Gemäss Ziff. 9 werden die betroffenen Personen über verschiedene mögliche Kanäle über die Bearbeitung ihrer Personendaten informiert. Nach Massgabe von Ziff. 10 stellen die Wirtschaftsauskunfteien Dritten ausschliesslich die für die Entscheidung hinsichtlich der Zahlungskonditionen notwendigen Informationen zur Verfügung. Der entsprechende Entscheid tätigt der Dritte. Im Rahmen dieses Entscheides kann es zu einer automatisierten Einzelentscheidung durch den Dritten kommen. Hierüber hat dieser den Konsumenten zu informieren und ihm zu ermöglichen, seine datenschutzrechtlichen Rechte wahrzunehmen. Ziff. 11 bis 13 äussern sich zur Löschung der Bonitätsinformationen, deren Berichtigung, deren Sperrung, deren Aufbewahrungsfristen usw.

[27] Nach Massgabe von Ziff. 16 gilt was folgt: «Die den Verhaltensregeln unterstellten Wirtschaftsauskunfteien verpflichten sich, die Bewertung der einzelnen Bonitätsdaten verhältnismässig vorzunehmen und den Verwendungszweck angemessen zu berücksichtigen. Der Bonitätsscore muss auf wissenschaftlich anerkannten Methoden basieren. Es dürfen nur Merkmale eingesetzt werden, welche für die Ermittlung der Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit relevant sind, bzw. sich angemessen auf die betroffene Person beziehen. Die im Bonitätsscore benutzten Merkmale und insbesondere deren Gewichtung müssen verhältnismässig sein. Faktoren wie Alter und Anzahl der Daten, Betrag, Status, usw. sind angemessen zu berücksichtigen. An einem Beispiel darge-

---

strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Ebenso keinen Eingang in die Datenbank finden gemäss dem Verhaltenskodex Daten aus sozialen Netzwerken, Autonummern, Pässen, Identitätskarten, Ausländerausweisen oder Führerscheinen.»

<sup>47</sup> Undatierter Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 16.3682 Schwaab vom 21. September 2016, Rechtsrahmen der Praktiken von Wirtschaftsauskunfteien, S. 28 f. (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/66648.pdf>; zuletzt eingesehen am 25. November 2023).

legt: Ein Konkurs vor 9 Jahren wird nicht gleich bewertet wie ein Konkurs vor einem Jahr, auch wenn er in der Auskunft selbst noch angezeigt werden darf. Das angewendete Bewertungsmodell (Scoring) ist Teil des Geschäftsgeheimnisses der jeweiligen Wirtschaftsauskunftei. Auskunftseien veröffentlichen unter Einhaltung des Geschäftsgeheimnisses die Grundzüge der Berechnung ihres Bonitätsscores selbst.»

[28] In den nachfolgenden Überlegungen zur Bonitätsbeurteilung wird davon ausgegangen, dass die vorstehenden Grundsätze der Selbstregulierung vollumfänglich zur Anwendung kommen. Sollte sich natürlich ein Verantwortlicher für die Datenbearbeitung nicht daran halten, dann könnten sich die rechtlichen Folgerungen dazu auch abändern.

### **3.3.3. Fallweise Prüfung vs. Massenprüfungen (Internetkauf)**

[29] Bei der Bonitätsbeurteilung wird in der Praxis vor allem das Scoring verwendet. Dieses Scoring bezeichnet eine systemgestützte Bewertung der Bonität. Das Ergebnis kann dann oft in der Form einer Ampel<sup>48</sup> oder anderen Ausprägung als Entscheidungshilfe dargestellt werden.<sup>49</sup> Das Scoring betrifft sowohl fallweise Prüfungen individueller Kunden als auch Massengeschäfte (Internetkäufe). Bei den Bonitätsinformationen der Wirtschaftsauskunftei als Lieferant einer Entscheidungshilfe geht es sehr oft lediglich darum, ob man einem Kunden den Erwerb einer Ware oder einer Dienstleistung auf Rechnung anbieten will oder ob eine Zug-um-Zug- bzw. Vorauszahlung eingefordert wird.<sup>50</sup> Es ist also nicht möglich, a priori festzustellen, dass das Scoring bei Individualgeschäften oder bei Massengeschäften aus datenschutzrechtlicher Sicht problematischer oder unproblematischer wäre. Es ist letztlich eine Frage des konkreten Einsatzes und der spezifischen Ausgestaltung. Wichtig ist jedoch die Feststellung, dass selbst bei einem systemgestützten Scoring und der Umsetzung in einer Ampelangabe (grün, gelb, rot) oder einer anderen Ausprägung der Entscheid über die Gewährung einer Ware oder einer Dienstleistung gegen Rechnung einen Vorteil für den Konsumenten mit sich bringt und dass dieser Entscheid immer beim Anbieter und nicht bei der Wirtschaftsauskunftei liegt.

### **3.3.4. Prüfung in verschiedenen Lebenslagen**

[30] Die Beurteilung der Bonität kann in unterschiedlichen Situationen erfolgen. Nachfolgend werden einige kurz dargestellt:

#### **3.3.4.1. Kauf- bzw. Liefervertrag**

[31] Die zahlenmässig wohl häufigste Bonitätsbeurteilung ergeht im Bereich der Kauf- bzw. Lieferverträge. Ein Verkäufer bietet ein Produkt an, ob direkt oder elektronisch, und ein Interessent möchte dieses erwerben. Im Rahmen der vorvertraglichen Verhandlungen bzw. im Rahmen der Ausfüllung von (elektronischen) Kaufformularen, wird dem Verkäufer bzw. dem Lieferanten die

---

<sup>48</sup> Kritisch dazu inbezug auf eine vermeintliche «Sippenhaft» im Bereich des Mietwesens: PFAFFINGER Systemschutz (Fn. 32), N 1364, womit jedoch nur der Fall einer Wirtschaftsauskunftei aus dem Jahr 2008 verbunden ist.

<sup>49</sup> Seltener spricht man auch von einem Rating. Dieses enthält eine konkrete und individualisierte Aussage zur erwarteten Ausfallwahrscheinlichkeit über einen gewissen Zeitraum und wird in der Regel durch einen Spezialisten verfasst. Zum Ganzen: EGELI Bonität (Fn. 28), S. 94 ff.

<sup>50</sup> Das Rating kann hingegen öfters auch zur Weigerung des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts führen.

Einwilligung zu einer Bonitätsbeurteilung erteilt. Der Verkäufer oder Lieferant wendet sich an eine Wirtschaftsauskunftei, deren Kunde oder deren Mitglied (z.B. im Falle einer Genossenschaft) er bereits ist und bei welcher er in der Regel über ein vertragliches Dauerverhältnis verfügt. Diese Auskunftei nimmt dann ein Scoring der vorliegenden Informationen vor und teilt dem Kunden oder Mitglied das mathematische Ergebnis des Scorings, oft noch in der Form einer Ampelfarbe (grün, gelb oder rot), mit. Aufgrund des Ergebnisses entscheidet der Verkäufer bzw. der Lieferant, ob er dem Interessenten eine Kaufmöglichkeit auf Rechnung anbietet, oder ob er eine Vorauszahlung verlangt. Natürlich erfolgt dieses Verfahren – insbesondere bei kleineren Käufen im Internet – elektronisch und liefert dem Interessenten quasi in Sekundenschnelle ein Ergebnis, mit einem Vorschlag der Zahlarten, welches entsprechend die Option der Bezahlung gegen Rechnungsstellung enthält oder eben nicht. Ob und inwiefern solche Vorgehensweisen beim Verkäufer oder Lieferanten zu automatisierten Einzelentscheidungen führen oder nicht (siehe dazu Art. 21 DSGVO), muss dieser in seinem Prozessablauf definieren. Sollte er auf seiner Seite eine vollständige Automatisierung des Prozesses einführen, so hat er die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Die Wirtschaftsauskunftei liefert ihm nur – aber immerhin – die für seinen Entscheid erforderlichen Entscheidungshilfen. Sie entscheidet selbst überhaupt nichts.

[32] Bei grösseren Kauf- oder Lieferverträgen kann durchaus auch eine Aktualisierung der vorliegenden Informationen angemessen sein, um noch mehr Sicherheit hinsichtlich der Bonität des Interessenten zu erlangen. So könnte beispielsweise die Betreuungsauskunft aktualisiert werden, was aber einen Interessennachweis voraussetzt, der vom Verkäufer oder Lieferanten vorzulegen ist. Der definitive Entscheid, wie mit dem Ergebnis der Bonitätsabklärung umzugehen ist, bleibt jedoch auch in diesem Fall vollumfänglich in der Kompetenz und der Verantwortung des Verkäufers oder des Lieferanten.

#### **3.3.4.2. Bewerbung für einen Arbeitsvertrag**

[33] Bei der Bewerbung für einen Arbeitsvertrag kann der künftige Arbeitgeber verschiedene Informationen über den Bewerber bearbeiten (siehe dazu Art. 31 Abs. 2 Bst. a DSGVO sowie Art. 328b OR). In den meisten Fällen darf jedoch die Bonität des Interessenten nicht erfragt werden, da sie keinen Zusammenhang mit dessen Eignung zur Besetzung der ausgeschriebenen Stelle hat. Ausnahmsweise, insbesondere dann, wenn die Arbeitsstelle eine wichtige finanzielle Vertrauensbeziehung zum Arbeitgeber bzw. zur Kundschaft erfordert (beispielsweise Kreditverantwortlicher in einer Bank, Kurier von Geldbeträgen, Croupier in einem Casino oder aber auch ein Verkäuferin bzw. ein Lagerist<sup>51</sup> usw.), kann eine Bonitätsbeurteilung seitens des Arbeitgebers zulässig sein.<sup>52</sup> Dies erlaubt ihm, sicherzustellen, dass der Interessent wegen seiner wirtschaftlich problematischen Situation keinen übermässigen Risiken ausgesetzt ist. Oft schützt aber eine solche Abklärung nicht nur den Arbeitgeber, sondern auch die Bevölkerung oder die Wirtschaft. Der Interessent wird in solchen Situationen angehalten, selbst einen Auszug aus dem Betriebsregister beizubringen. Wenn das aufgrund der konkreten Situation nicht genügt, können allenfalls

---

<sup>51</sup> Sofern eine erhebliche Gefahr besteht, dass dieser versucht sein könnte (wertvolle) Waren zu entwenden und zu verkaufen.

<sup>52</sup> Statt vieler: JEAN-PHILIPPE DUNAND/DAVID RAEDLER, N 61 zu Art. 328b OR, in *Commentaire du contrat de travail*, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), 2. Auflage, Bern 2022; PASCAL KAUTH, *Zulässige und unzulässige Fragen im Bewerbungsgespräch*, Zürich 2023, S. 27.

weitergehende Abklärungen zulässig sein, bis hin zu einer Bonitätsbeurteilung durch eine Wirtschaftsauskunftei.<sup>53</sup>

#### 3.3.4.3. Bewerbung für einen Mietvertrag

[34] Ein Mietvertrag ist absolut ausschlaggebend für eine Person. In diesem Bereich der Dauerungsvertragsverhältnisse spielt die finanzielle Leistungskraft der Mieter natürlich für den Vermieter – und auch für den Mieter – eine entscheidende Rolle im Hinblick auf den Vertragsschluss. Es bringt niemandem etwas, wenn ein Vertrag abgeschlossen wird, der über den wirtschaftlichen Verhältnissen des Mieters liegt. In der Regel begnügt sich jedoch ein Vermieter in der Bewerbungsphase mit zwei Angaben durch Selbstdeklaration des Mietinteressenten: Dessen wiederkehrenden Erträge und ein Auszug aus dem Betreibungsregister. Damit sieht der Vermieter, ob der Interessent im Hinblick auf die Miete genug verdient, und wie seine bisherige Zahlungsmoral gewesen ist. Die vorgenannten Informationen werden also in der Regel mit einem Bewerbungsformular vom Mietinteressenten selbst eingereicht. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist das Erfragen solcher Daten zulässig.<sup>54</sup> Da vor allem bei Mietverträgen für teurere Objekte die Betreibungen alleine nicht genug aussagekräftig sind, werden manchmal zusätzlich Bonitätsauskünfte eingeholt, um sich ein umfassenderes Bild vom Mietinteressenten zu machen. Für die Einholung solcher Bonitätsauskünfte muss ein berechtigtes Interesse vorliegen.

#### 3.3.4.4. Weitere Situationen der Bonitätsbewertung

[35] Es gibt weitere privatrechtliche Situationen, in welchen allenfalls eine Bonitätsbewertung Sinn machen kann (beispielsweise beim Abschluss eines Werkvertrags mit einem Unternehmer, um sicherzugehen, dass Anzahlungen für das herzustellende Werk ohne grosse Risiken bezahlt werden können). Gerade im Baugewerbe kommt es oftmals vor, dass Auftraggeber Vorauszahlungen leisten müssen. Zum Beispiel beim Bau einer Küche oder bei der Erfüllung eines grossen Werkvertrags an einen Schreiner. In dieser Situation wäre es dann der Auftraggeber, der prüfen müsste, ob der Lieferant zahlungsfähig ist, um den Auftrag auch wirklich zu erbringen. Hier sind aber Private in vielen Fällen überfordert und haben zu wenig Kenntnisse. Dies führt dann immer wieder in den Medien zu Berichterstattungen, bei denen sich namentlich Konsumentenschutzorganisationen für die Rechte des Verbrauchers einsetzen und in der spezifischen Situation befür-

---

<sup>53</sup> In öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen kann ein umfassender Sicherheitscheck (inkl. der finanziellen Verhältnisse des Interessenten) sogar vom Gesetzgeber angeordnet werden (siehe beispielsweise Art. 19 ff. Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit, BWIS; SR 120; BGE 1C\_142/2018, Erw. 2.3).

<sup>54</sup> Siehe die Erläuterungen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) zu den Anmeldeformularen für Mietwohnungen ([https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/wohnen\\_mobilitaet/anmeldeformular\\_miete.html](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/wohnen_mobilitaet/anmeldeformular_miete.html); zuletzt besucht am 26. November 2023), S. 4: «Die Vermieterin oder der Vermieter kann Angaben über die finanzielle Situation und über die Zahlungsfähigkeit der Wohnungsbewerber verlangen, um zu prüfen, ob sie die Miete bezahlen können. ... Die Vermieterin oder der Vermieter muss im Speziellen prüfen können, ob das Einkommen der Mieterin oder des Mieters oder einer Person, die für eine Mietpartei bürgt, ausreicht, um die Miete zu bezahlen. Die Vermieterin oder der Vermieter darf daher nach dem ungefähren Jahreseinkommen potenzieller Mieterinnen und Mieter fragen (z. B. in Form von Einkommenskategorien mit einer Obergrenze, die – abgesehen von sehr hohen Mieten – nicht über 100 000 Franken liegen sollte). Anzumerken ist, dass die Vermieterin oder der Vermieter erst beim Abschluss des Mietvertrags (und somit nur von der endgültigen Mieterschaft) einen Betreibungsregisterauszug oder eine Betreibungsauskunft verlangen darf.»



worten, dass man die Solvabilität prüfen können muss, was sie jedoch dem Lieferanten oftmals nicht in dieser Form zugestehen.

### **3.4. Konsequenzen der Prüfung für die betroffene Person**

#### **3.4.1. Keine Gewährung eines Vertragsschlusses gegen Rechnungsstellung**

[36] Die häufigste Konsequenz der Bonitätsbewertung liegt in einer Entscheidung, ob dem Interessenten eine Ware oder eine Dienstleistung gegen Rechnung erbracht wird, oder ob eine Zugum-Zug-Zahlung bzw. eine Vorauszahlung verlangt wird. Dieser Entscheidung führt also nicht dazu, dass der Anbieter den Vertrag nicht abschliessen will. Aufgrund der finanziellen Verhältnisse des Konsumenten besteht jedoch möglicherweise kein genügender Anlass, um ihm gegenüber in die Vorleistung zu gehen. Dies ist eine reine Präventionsmassnahme für den Anbieter,<sup>55</sup> die seinem legitimen Interesse auf Risikobewirtschaftung und sehr oft auch dem Interesse der Gesamtwirtschaft an einem möglichst gut funktionierenden Austauschverhältnis bzw. dem Interesse auf Verschuldungsvermeidung des Interessenten entspricht.<sup>56</sup> Der Konsument seinerseits erleidet keinerlei Nachteile. Ihm wird lediglich keine bevorzugte Behandlung zuteil, indem er gegen Rechnungsstellung bedient würde. Auf eine solche bevorzugte Behandlung gibt es jedoch keinen Anspruch.

#### **3.4.2. Kein Vertragsschluss**

[37] Manchmal kann natürlich die finanzielle Situation des Interessenten dazu führen, dass ein Vertrag nicht abgeschlossen werden kann, weil der Preis nicht bezahlt wird. Das mag für den Interessenten ärgerlich erscheinen; dass damit jedoch ein «hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte» des Interessenten verbunden sein soll, ist aus vorliegend vertretener Sicht nicht erstellt. Es besteht insbesondere nirgends eine Rechtspflicht für den Anbieter, allen Interessenten eine Vorleistung zu gewähren. Im Gegenteil: Der allgemeine Grundsatz in der Wirtschaft würde eher auf ein simultanes Austauschverhältnis fassen. Es ist lediglich das in unserer Gesellschaft in Wirtschaftsbeziehungen aufgebrachte Vertrauen, welches mit der Zeit dazu geführt hat, dass ein Anbieter bereit ist, Dienstleistungen auf Rechnung zu erbringen oder Waren zu denselben Konditionen zu liefern. Ein Wirtschaftssystem, welches sich auf Vertrauen abstützt, jedoch keine Vertrauensschutzmassnahmen ermöglicht, ist rasch gefährdet. Wenn also der Umstand, dass ein Interessent mit schlechten Finanzkennzahlen nicht in der Lage ist, eine Vertragszahlung sofort zu leisten, dazu führt, dass der Vertrag nicht abgeschlossen werden kann, dann ist dies in der Regel auch eine legitime Massnahme des Risikomanagements. Deshalb ist es in einer solchen Situation

---

<sup>55</sup> EGELI Verluste (Fn. 39), S. 65 ff.; EGELI Bonität (Fn. 28), S. 182 ff.

<sup>56</sup> Diese letzte Aussage kann allenfalls irritieren, weil sie gar paternalistisch daherkommt. Sie entspricht jedoch der allgemeinen Zielsetzung im Kreditwesen, namentlich in Anlehnung an das Bundesgesetz über den Konsumkredit. Letztlich sind die häufigsten Fälle, die einer Bonitätsprüfung unterzogen werden, Massenüberprüfungen im Rahmen des elektronischen Erwerbs von Konsumgütern. Hier nimmt lediglich der Anbieter die Rolle der Bank ein, indem er in die Vorleistung geht. Es ist nach vorliegend vertretener Auffassung nicht nachvollziehbar, wieso also eine solche Bonitätsprüfung im Falle der Banken nicht nur Sinn machen soll, sondern sogar gesetzlich angeordnet wird, und im Falle der Vorleistung durch den Anbieter plötzlich höchst problematisch sein soll.

auch schwierig, von einem Schaden der betroffenen Person zu sprechen. Dies sehen selbst jene Vertreter der Lehre, welche die Tätigkeit von Wirtschaftsauskunfteien sehr kritisch betrachten.<sup>57</sup>

### 3.4.3. Weitere mögliche Konsequenzen

[38] Manchmal wird behauptet, dass eine Bonitätsüberprüfung zu einem Reputationsrisiko führen kann. Dies namentlich auch, weil man in der Vergangenheit oft mit Begriffen wie «Lumpenlisten» operierte.<sup>58</sup> Dabei haben die heutigen Praktiken der Bonitätsüberprüfung nichts mit solchen Begriffen gemein.<sup>59</sup> Es wird niemand mehr durch die Wirtschaftsauskunfteien öffentlich an den Pranger gestellt. Im Gegenteil: Bonitätsbeurteilungen dürfen nach Massgabe des Gesetzes nur noch im Rahmen des Vertragsschlusses – mit entsprechender Begründung – individuell erteilt werden (Art. 31 Abs. 2 Bst. c Ziff. 2 DSG). Schwarze Listen ohne konkreten Bezug zwischen den aufgelisteten Personen und den Informationsempfängern sind deshalb von Gesetzes wegen unzulässig.<sup>60</sup> Die Kunden von Wirtschaftsauskunfteien dürfen in der Regel die von ihnen erhaltenen Informationen nur für den Eigengebrauch verwenden.<sup>61</sup> Die Konsequenz des Reputationsrisikos kann demnach wohl aufgrund der gegenwärtigen Gesetzgebung und der Geschäftspraxis nicht mehr aufrechterhalten werden bzw. dessen Eintretenswahrscheinlichkeit kann nicht als hoch betrachtet werden.

[39] Weiter wird bemängelt, dass die Tätigkeit der Wirtschaftsauskunftei einer Black Box ähne und die Intransparenz und das Fehlerrisiko als erstes Problemfeld zu betrachten seien.<sup>62</sup> Die neuen Anstrengungen der Selbstregulierung bei den grössten Wirtschaftsauskunfteien sollen diesem Vorwurf entgegenwirken. So hält Ziff. 9 der Verhaltensregeln namentlich Folgendes fest: «Die Wirtschaftsauskunfteien informieren die betroffenen Personen über die Bearbeitung der Personendaten, gemäss dem Datenschutzgesetz.» Weiter wird ausgeführt (Ziff. 16): «Der Bonitätsscore muss auf wissenschaftlich anerkannten Methoden basieren. Es dürfen nur Merkmale eingesetzt werden, welche für die Ermittlung der Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit relevant sind, bzw. sich angemessen auf die betroffene Person beziehen. Die im Bonitätsscore benutzten Merkmale und insbesondere deren Gewichtung müssen verhältnismässig sein. Faktoren wie Alter und Anzahl der Daten, Betrag, Status, usw. sind angemessen zu berücksichtigen... Auskunfteien veröffentlichen unter Einhaltung des Geschäftsgeheimnisses die Grundzüge der Berechnung ihres Bonitätsscores selbst.»<sup>63</sup> Man sieht also, dass die Wirtschaftsauskunfteien im Rahmen ihrer Tätigkeit bereit sind, sich um eine angemessene Transparenz zu bemühen. Dies zeigt auch der Umstand, dass die Wirtschaftsauskunfteien selbst in der Coop Zeitung ein Inserat geschaltet haben, in dem

---

<sup>57</sup> PFAFFINGER Systemschutz (Fn. 32), N 1373 in fine.

<sup>58</sup> Siehe zu diesem Begriff bereits: BGE 25 II 621.

<sup>59</sup> So auch PFAFFINGER Systemschutz (Fn. 32), N 1349.

<sup>60</sup> PFAFFINGER Handkommentar (Fn. 28), N 70 zu Art. 31 DSG.

<sup>61</sup> Siehe beispielsweise Ziff. 8 Allgemeine Geschäftsbedingungen von Creditreform: «Der Abruf bzw. die Verwendung nicht öffentlich zugänglicher, bonitätsrelevanter Informationen darf ausschliesslich im Hinblick auf eine Beurteilung wirtschaftlich relevanter Sachverhalte und für den eigenen Bedarf des Mitglieds erfolgen...» ([https://www.creditreform.ch/fileadmin/user\\_upload/central\\_files/\\_documents/02\\_mitgliedschaft/05\\_AGB\\_2023\\_DE.pdf](https://www.creditreform.ch/fileadmin/user_upload/central_files/_documents/02_mitgliedschaft/05_AGB_2023_DE.pdf); zuletzt besucht am 26. November 2023).

<sup>62</sup> So auch PFAFFINGER Systemschutz (Fn. 32), N 1374.

<sup>63</sup> IG Wirtschaftsauskunfteien, Verhaltensregeln für die Bearbeitung von Daten über natürliche Personen durch Wirtschaftsauskunfteien in der Schweiz vom 25. August 2023 (<https://ig-wa.ch/wp-content/uploads/2022/05/202308-Verhaltensregeln-IGWA-Final-D.pdf>; zuletzt besucht am 26. November 2023).

sie die Bevölkerung über die Bearbeitung personenbezogener Daten und deren datenschutzrechtlichen Rechte informieren. Die Coop Zeitung wurde gewählt, weil sie in 2'400'000 Haushalte geliefert wird. Selbstverständlich ist im Bereich von Algorithmen und von mathematischen Modellen die Komplexität oft sehr hoch. Ebenso ist zutreffend, dass das präzise Berechnungsmodell oft als Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses betrachtet wird.<sup>64</sup> Dies ist jedoch per se weder unzulässig noch als hohes Risiko zu betrachten.

[40] Schliesslich wird noch weiter behauptet, dass die Tätigkeit der Wirtschaftsauskunftei zur Exklusion von Menschen aus dem Datenbearbeitungsprozess führen kann.<sup>65</sup> Es wird befürchtet, dass der Interessent zum Informationsobjekt degradiert wird, welcher sich nicht dagegen wehren kann und welcher – sollte er seine Datenschutzrechte gegenüber der Wirtschaftsauskunftei einfordern – quasi durch die Abwesenheit aus den Datensammlungen der Auskunftei automatisch suspekt werde. Damit werde namentlich Druck darauf ausgeübt, dass die Daten bei den Wirtschaftsauskunfteien weder gelöscht noch korrigiert würden. Ziff. 12 der Verhaltensregeln widersprechen dieser Sorge. So wird namentlich was folgt ausgeführt: «Wirtschaftsauskunfteien verpflichten sich, unter dem Vorbehalt von Art. 32 Abs. 1 Bst. a und b DSG («gesetzliche Vorschrift» und «Archivzwecke») unbestrittene Datenfehler innerhalb von 5 Arbeitstagen nach Erkennung zu berichtigen. . . Wünscht eine betroffene Person (gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. b bzw. Abs. 3 DSG) nicht mehr beauskunftet, beziehungsweise gelöscht zu werden, so wird die Wirtschaftsauskunftei sämtliche Daten der betroffenen Person für jegliche Abfragen löschen oder sperren. Dabei ist nach Möglichkeit eine Sperrung vorzuziehen, damit sichergestellt werden kann, dass eine betroffene Person durch eine Neumeldung nicht erneut in die Datenbank aufgenommen wird. Wird dem Antrag auf vollständige Löschung aber entsprochen kann nicht sichergestellt werden, dass nicht erneut Bonitätsinformationen über sie aufgenommen werden. Zusätzlich muss sie damit rechnen, dass das Fehlen von Bonitätsinformationen in Rahmen einer Kreditentscheidung durch den Leistungserbringer negativ bewertet werden kann.»<sup>66</sup> Dieser letzte Satz wird den Wirtschaftsauskunfteien oft negativ und als Drohung in den Mund gelegt. Dabei handelt es sich lediglich um einen Hinweis, weil die Abwesenheit einer solchen Information ihrerseits den Wirtschaftsauskunfteien vorgeworfen werden könnte. So ist wohl heute auch in diesem Bereich einiges unternommen worden, um das behauptete Risiko zu reduzieren. Hier sollte auch nicht ohne weiteres von einem hohen Risiko gesprochen werden.

### 3.5. Zwischenfolgerungen

[41] Die Funktionsweise und die Bearbeitung von Personendaten durch Wirtschaftsauskunfteien wurden im Rahmen einer Selbstregulierung klar definiert und eingeschränkt. Solange diese eingehalten werden, besteht nach vorliegendem Verständnis bei einer Bonitätsbeurteilung kein

---

<sup>64</sup> Siehe dazu im Bericht des Bundesrates, S. 13: «Die Formel zur Berechnung des Score-Werts stelle allerdings den Kern des Geschäftsmodells und daher ein Geschäftsgeheimnis dar.» (undatierter Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 16.3682 Schwaab vom 21. September 2016, Rechtsrahmen der Praktiken von Wirtschaftsauskunfteien, <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/66648.pdf>; zuletzt eingesehen am 25. November 2023).

<sup>65</sup> PFAFFINGER Systemschutz (Fn. 32), N 1382 ff.

<sup>66</sup> IG Wirtschaftsauskunfteien, Verhaltensregeln für die Bearbeitung von Daten über natürliche Personen durch Wirtschaftsauskunfteien in der Schweiz vom 25. August 2023 (<https://ig-wa.ch/wp-content/uploads/2022/05/202308-Verhaltensregeln-IGWA-Final-D.pdf>; zuletzt besucht am 26. November 2023).

«hohes Risiko für die Persönlichkeit und die Grundrechte» der betroffenen Person. Die Wirtschaftsauskunfteien verpflichten sich bei den algorithmischen oder mathematischen Modellen die Grundsätze der Wissenschaft, der Angemessenheit und der Verhältnismässigkeit einzuhalten. Das Risiko ist zudem nicht hoch einerseits, weil in den häufigsten Fällen (Massengeschäfte im Internet) kein eigentlicher Schaden im vorstehend definierten Sinne entsteht (es besteht kein Anspruch auf den Erwerb von Konsumgütern oder von Dienstleistungen auf Rechnung) oder dieser zumindest nicht als hoch definiert werden kann. Schliesslich gibt es gewisse Pauschalverurteilungen der Tätigkeit von Wirtschaftsauskunfteien, die im Laufe der Zeit, namentlich im Rahmen der Selbstregulierung, nicht mehr als relevant zu bezeichnen sind.

## 4. Europäische Rechtsprechung zum Scoring

[42] Nun ist am 7. Dezember 2023 ein Urteil der ersten Kammer des Europäischen Gerichtshofs ergangen, welches sich mit dem Scoring im Europäischen Recht bzw. im Zusammenhang mit dem nationalen Recht der europäischen Länder auseinandersetzt.<sup>67</sup> Es stellt sich damit die Frage, ob und inwieweit dieses Urteil einen Einfluss auf das vorgenannt erläuterte Scoringverfahren für die Bonitätsbewertung hat und inwiefern das Urteil Rechtswirkungen in der Schweiz entfaltet.

### 4.1. Ausgangslage

[43] Mit Vorabentscheidungsersuchen erbat das Verwaltungsgericht Wiesbaden die Auslegung von Art. 6 Abs. 1 und Art. 22 DSGVO durch den Europäischen Gerichtshof. Das Urteil ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits wegen der Weigerung des Hessischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit gegenüber einer betroffenen Person, gegen die SCHUFA Holding AG<sup>68</sup> zu verfügen, dass diese dem Begehren der betroffenen Person nach Auskunft und Löschung der die sie betreffenden personenbezogenen Daten nachzukommen habe. Dabei geht es insbesondere um die Auslegung von Art. 22 Abs. 1 und 2 DSGVO, welche wie folgt lauten:

*Art. 22 Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschliesslich Profiling:*

<sup>1</sup>*Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.*

<sup>2</sup>*Absatz 1 gilt nicht, wenn die Entscheidung*

*a) für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist,*

*b) aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche unterliegt, zulässig ist und diese Rechtsvorschriften angemessene Massnahmen*

---

<sup>67</sup> Rechtssache C 634/21, betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen, eingereicht vom Verwaltungsgericht Wiesbaden (Deutschland) mit Beschluss vom 1. Oktober 2021.

<sup>68</sup> Wegen dem Bekanntheitsgrad der SCHUFA Holding AG in Deutschland wird dort in der Regel vom **SCHUFA-Urteil** die Rede sein. Dieser Begriff wird auch nachfolgend verwendet. Zudem wird der Firmenname der SCHUFA Holding AG nachfolgend auch abgekürzt als **SCHUFA** verwendet werden.

*zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten oder*

*c) mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt.*

## **4.2. Zusammengefasster Sachverhalt**

[44] Gemäss dem besprochenen Urteil kann der Sachverhalt wie folgt zusammengefasst werden:<sup>69</sup> Die SCHUFA ist eine private Gesellschaft deutschen Rechts, die ihre Vertragspartner mit Informationen zur Kreditwürdigkeit Dritter, insbesondere Verbraucher, versorgt. Dazu prognostiziert sie aus bestimmten Merkmalen einer Person auf der Grundlage mathematisch-statistischer Verfahren für diese die Wahrscheinlichkeit eines künftigen Verhaltens («Score-Wert»), wie beispielsweise die Rückzahlung eines Kredits. Die Erstellung von Score-Werten («Scoring») basiert auf der Annahme, dass durch die Zuordnung einer Person zu einer Gruppe anderer Personen mit vergleichbaren Merkmalen, die sich in einer bestimmten Weise verhalten haben, ein ähnliches Verhalten vorausgesagt werden kann. Nachdem die SCHUFA in einem konkreten Fall eine negative Bewertung vorgenommen hatte war, wurde der betroffenen Person der Kredit durch eine Bank verweigert. Die betroffene Person forderte daraufhin die SCHUFA auf, ihr Auskunft über die gespeicherten personenbezogenen Daten zu erteilen und die nach ihrer Auffassung unrichtigen Daten zu löschen. Als Antwort auf diese Anfrage informierte die SCHUFA die betroffene Person über die Höhe ihres Score-Werts und legte in groben Zügen dar, wie die Score-Werte berechnet wurden. Sie weigerte sich jedoch unter Berufung auf das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis, die bei dieser Berechnung berücksichtigten Einzelinformationen sowie deren Gewichtung offenzulegen. Schliesslich wies die SCHUFA darauf hin, dass sie sich darauf beschränke, ihren Vertragspartnern Informationen zukommen zu lassen, und dass diese die eigentlichen Vertragsentscheidungen trafen. Die betroffene Person beantragte bei der zuständigen Datenschutzbehörde, gegenüber der SCHUFA zu verfügen, dass sie ihrem Begehren nach Auskunft und Löschung nachzukommen habe. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Der Entscheid der Datenschutzbehörde wurde sodann an das Verwaltungsgericht von Wiesbaden weitergezogen. Nach Ansicht dieses Gerichts ist für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu klären, ob die Ermittlung eines Wahrscheinlichkeitswerts wie des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden eine automatisierte Entscheidung im Einzelfall im Sinne von Art. 22 Abs. 1 DSGVO darstellt. Wenn ja, wäre nämlich die Rechtmässigkeit dieser Tätigkeit nach Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO davon abhängig, dass diese Entscheidung nach dem Unionsrecht oder dem Recht des Mitgliedstaats (hier: Deutschland), dem der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt, zulässig ist. Das Verwaltungsgericht hegte jedoch Zweifel, ob die Datenschutzbehörde korrekt entschieden hatte und wie Art. 22 Abs. 1 und 2 DSGVO genau auszulegen seien. Deshalb beschloss es, das Verfahren auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

---

<sup>69</sup> Rechtssache C 634/21, N 14 ff.

### 4.3. Entscheid des Europäischen Gerichtshofes

[45] Zunächst erachtet der Gerichtshof das Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden trotz der Einwendungen von SCHUFA als zulässig und tritt somit darauf ein.<sup>70</sup>

[46] Inhaltlich äussert sich der Gerichtshof sodann zur Frage, ob Art. 22 Abs. 1 DSGVO dahin auszulegen sei, dass eine «automatisierte Entscheidung im Einzelfall» im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, wenn ein auf personenbezogene Daten zu einer Person gestützter Wahrscheinlichkeitswert in Bezug auf deren Fähigkeit zur Erfüllung künftiger Zahlungsverpflichtungen durch eine Wirtschaftsauskunftei automatisiert erstellt wird, sofern von diesem Wahrscheinlichkeitswert massgeblich abhängt, ob ein Dritter, dem dieser Wahrscheinlichkeitswert übermittelt wird, ein Vertragsverhältnis mit dieser Person begründet, durchführt oder beendet.<sup>71</sup> Dabei stellt der Gerichtshof fest, dass die Anwendbarkeit dieser Bestimmung von drei kumulativen Voraussetzungen abhängt, nämlich davon, dass erstens eine «Entscheidung» vorliegen muss, zweitens diese Entscheidung «ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung, – einschliesslich Profiling – [beruhen]» muss und drittens sie «gegenüber [der betroffenen Person] rechtliche Wirkung» entfalten oder sie «in ähnlicher Weise erheblich» beeinträchtigen muss. Wie sich nämlich aus Art. 22 Abs. 2 DSGVO in Verbindung mit dem 71. Erwägungsgrund dieser Verordnung ergibt, ist der Erlass einer ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung nur in den in Art. 22 Abs. 2 genannten Fällen zulässig, d. h., wenn sie für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist (Bst. a), wenn sie aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche unterliegt, zulässig ist (Bst. b) oder wenn sie mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt (Bst. c). Der Gerichtshof bestätigt, dass die drei Voraussetzungen zum Vorliegen einer «automatisierten Entscheidung im Einzelfall» im beurteilten Fall erfüllt seien. Insbesondere wird bestätigt, dass die zweite Voraussetzung (das ausschliessliche Beruhen auf einer automatisierten Verarbeitung) bereits dann erfüllt sei, wenn die SCHUFA ihrer Kundschaft ein Scoring zur Verfügung stelle, welches in den allermeisten Fällen direkt zu einem Kreditentscheid oder einer entsprechenden Abweisung führt. Das Argument der SCHUFA der ausschliesslichen Aufbereitung von Zahlen für den Beschluss, der durch die Bank gefasst würde, liess der Europäische Gerichtshof nicht gelten. Ebenso wird bestätigt, dass die dritte Voraussetzung erfüllt sei, weil das Nichterteilen eines Kredites eine ähnliche erhebliche Beeinträchtigung darstellen würde wie eine negative rechtliche Wirkung. Beim konkreten Fall, in welchem eine Bank der betroffenen Person einen Kredit aufgrund eines negativen Scorings durch die SCHUFA nicht gewährte, erachtete also der Europäische Gerichtshof, dass man von einer automatisierten Entscheidung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 DSGVO auszugehen habe.

[47] Eine solche automatisierte Entscheidung ist gemäss Art. 22 Abs. 2 DSGVO lediglich in folgenden Fällen zulässig: Wenn sie für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist (Bst. a), wenn sie aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten,<sup>72</sup> denen der Verantwortliche unterliegt,

---

<sup>70</sup> Rechtssache C 634/21, N 28 bis 39.

<sup>71</sup> Rechtssache C 634/21, N 40.

<sup>72</sup> Dieses Recht eines Mitgliedstaates muss im Übrigen seinerseits das Recht der Europäischen Union einhalten. Beim besprochenen Fall geht es um § 31 Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 in Deutschland. Die Überprüfung, ob diese Bestimmung insgesamt das Unionsrecht einhält oder nicht, überlässt das Europäische Gerichtshof der Deutschen Justiz (Rechtssache C 634/21, N 72).

zulässig ist (Bst. b) oder wenn sie mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt (Bst. c).<sup>73</sup> Was Art. 22 Abs. 2 Bst. b DSGVO betrifft, ergibt sich gemäss dem Europäischen Gerichtshof bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, dass die nationalen Rechtsvorschriften, die den Erlass einer automatisierten Entscheidung im Einzelfall erlauben, angemessene Massnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten müssen. Diese umfassen insbesondere die Verpflichtung des Verantwortlichen, geeignete mathematische oder statistische Verfahren zu verwenden, technische und organisatorische Massnahmen zu treffen, mit denen in geeigneter Weise sichergestellt wird, dass das Risiko von Fehlern minimiert wird und Fehler korrigiert werden, und personenbezogene Daten in einer Weise zu sichern, dass den potenziellen Bedrohungen für die Interessen und Rechte der betroffenen Person Rechnung getragen wird, und insbesondere zu verhindern, dass es ihr gegenüber zu diskriminierenden Wirkungen kommt.<sup>74</sup>

[48] Abschliessend liegt also gemäss dem Europäischen Recht eine «automatisierte Entscheidung im Einzelfall» im Sinne von Art. 22 Abs. 2 DSGVO vor, wenn ein auf personenbezogene Daten zu einer Person gestützter Wahrscheinlichkeitswert in Bezug auf deren Fähigkeit zur Erfüllung künftiger Zahlungsverpflichtungen durch eine «Wirtschaftsauskunftei» automatisiert erstellt wird, sofern von diesem Wahrscheinlichkeitswert massgeblich abhängt, ob ein Dritter, dem dieser Wahrscheinlichkeitswert übermittelt wird, ein Vertragsverhältnis mit dieser Person begründet, durchführt oder beendet.

#### 4.4. Bedeutung des Entscheides für die vorliegenden Überlegungen

[49] Zum Einen gilt es festzuhalten, dass dieses Urteil nicht direkt die Tätigkeit von Wirtschaftsauskunfteien im vorstehend genannten Sinne (Ziff. 3.3.1) beschlägt. Die SCHUFA macht Abklärungen für Banken und ihre Beurteilung fliesst in die Gewährung oder Nichtgewährung eines Bankkredites ein. Die Folgen für die betroffene Person ist ganz eine andere, als wenn es um die Frage geht, ob eine Ware oder Dienstleistung gegen Rechnung erbracht oder geliefert wird. Gemäss der vorstehenden Ziff. 3.3.4.1 geht es bei den Schweizerischen Wirtschaftsauskunfteien – insbesondere im Internetgeschäft – lediglich darum, ob ein Konsument gegen Rechnungsstellung bedient wird oder nicht. Somit steht nicht zur Debatte, ob ein Vertragsverhältnis begründet, durchgeführt oder beendet wird. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob die vom Europäischen Gerichtshof genannten Voraussetzungen zur Anwendung von Art. 22 Abs. 2 DSGVO (automatisierte Entscheidung im Einzelfall) bei den Massengeschäften der Schweizerischen Wirtschaftsauskunfteien erfüllt sind. Vieles spricht dagegen. Dabei sei nochmals erwähnt, dass das Gewähren eines Vorteils bei der Zahlungsabwicklung in der vorliegend vertretenen Auffassung nicht zu einem datenschutzrechtlichen Schaden oder einer relevanten Beeinträchtigung führt bzw. führen kann. Die Folgen sind ganz anders als bei der Gewährung eines Kredites durch einen Vertragspartner, dessen Zweck es eben gerade ist, Kredite zu gewähren. Interessant und hier nicht weiter vertieft wird die Frage, inwiefern die Kreditfähigkeitsüberprüfung – im Interesse des Schuldners – gemäss dem Konsumkreditgesetz (siehe vorstehend 3.2 und 3.3.1.) dem Art. 22 Abs. 2 DSGVO unterliegt und die vom Konsumkreditgesetz gemäss Art. 22 ff. geforderte Abklärung

---

<sup>73</sup> Rechtssache C 634/21, N 53.

<sup>74</sup> Rechtssache C 634/21, N 66.

durch das SCHUFA-Urteil in irgendeiner Form einzuschränken wäre oder nicht.<sup>75</sup> Dafür müsste man vertieft Einblick haben in die Praxis der Zentralstelle für Kreditinformationen (ZEK) bzw. der Informationsstelle für Konsumkredite (IKO). Somit hat das SCHUFA-Urteil in der vorliegend vertretenen Auffassung keine direkte Auswirkung auf die vorstehend geschilderte Tätigkeit von Wirtschaftsauskunfteien, insbesondere wenn diese keinen Einfluss darauf haben, ob der angestrebte Vertrag abgeschlossen wird oder nicht.

[50] Das SCHUFA-Urteil hat auch keinen Einfluss auf die Hauptfrage des vorliegenden Beitrags, nämlich ob ein hohes Risiko bei der Tätigkeit der Wirtschaftsauskunfteien in der Schweiz vorliegt oder nicht. Es geht lediglich um die Frage, ob eine «automatisierte Entscheidung im Einzelfall» vorliegt, ob diese zulässig ist bzw. welche Massnahmen diesfalls zu ergreifen sind. Dass die Tätigkeit der Wirtschaftsauskunfteien zu einem Profiling führen kann, wurde vorstehend bereits festgestellt. Aber Art. 31 Abs. 2 Bst. c Ziff. 1 DSG zeigt auf, dass es auch ein Profiling ohne hohes Risiko gibt (siehe zum Ganzen vorstehend Ziff. 2.3). Dies trifft bei den Massengeschäften des Internetbusiness für die Abklärungen durch eine Wirtschaftsauskunftei in der Regel zu.

## 5. Schlussfolgerungen

[51] Die Bonitätsbewertung hat einen schlechten Ruf, was manchmal aufgrund der Praxis einzelner Wirtschaftsauskunfteien auch selbstverschuldet wurde. Heute versucht jedoch die Branche – namentlich durch Selbstregulierung – einer modernen datenschutzrechtlich kompatiblen Verhaltensweise gerecht zu werden, was selbst durch den Bundesrat anerkannt wird. Dennoch wird hier oder dort pauschal behauptet, dass die Bonitätsbewertung zu hohen Risiken für die Persönlichkeit oder für die Grundrechte führt, namentlich indem sie intransparent sei und Menschen nicht als solche behandelt. Dabei wird nicht genügend beachtet:

- Dass die Bonitätsbewertung eine essenzielle gesellschaftliche Funktion wahrnimmt, welche zwar auch dem künftigen Gläubiger dient, aber ebenso bedeutsam für die Gesamtwirtschaft (Beibehaltung des auf Vertrauen fussenden Systems) und den künftigen Schuldner (Vermeidung einer zu hohen Verschuldung) ist;
- Dass die Folgen in der Regel keine Risiken im Sinne der hohen Eintretenswahrscheinlichkeit von schweren Konsequenzen sind. Tatsächlich wird in aller Regel die Konsequenz darin bestehen, dass ein Geschäft nicht in Form einer Vorleistung abgeschlossen wird, was in keiner Weise einen Anspruch der betroffenen Person einschränkt. In seltenen Fällen kann die Bonitätsbewertung zwar zum Nicht-Abschluss eines Vertrags führen. Ob und inwiefern damit jedoch die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person eingeschränkt

---

<sup>75</sup> Immerhin ist in Deutschland beim Konsumkredit (gemäss deutschem Wording: Verbraucherdarlehensvertrag) auch eine Kreditwürdigkeitsprüfung vorgesehen (§§ 595a f. BGB). In der Rechtssache C 634/21 wird jedoch diese Pflicht mit keinem Wort erwähnt. § 595b Abs. 1 BGB lautet namentlich wie folgt: «Bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen können Grundlage für die Kreditwürdigkeitsprüfung Auskünfte des Darlehensnehmers und erforderlichenfalls Auskünfte von Stellen sein, die geschäftsmässig personenbezogene Daten, die zur Bewertung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern genutzt werden dürfen, zum Zweck der Übermittlung erheben, speichern, verändern oder nutzen.» Die SCHUFA ist eben gerade eine solche – vom Gesetz erwähnte – «Stelle», die geschäftsmässig personenbezogene Daten zur Bewertung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern erhebt. Weiter wird jedoch im Deutschen Recht die Kreditwürdigkeitsprüfung im BGB betreffend Personendaten nicht geregelt, womit dieses weniger weit geht als Art. 23 Konsumkreditgesetz in der Schweiz, welches die Grundsätze der Datenbearbeitung festlegt und i.V.m. Art. 3 f. Verordnung zum Konsumkreditgesetz, das Informationssystem und die Aufsicht darüber umschreiben.



werden, ist noch nicht erstellt. In solchen Fällen liegt zudem oft das ausdrückliche Einverständnis der betroffenen Person zur Datenbearbeitung vor.

[52] An diesen Folgerungen ändert auch der kürzlich vom Europäischen Gerichtshof beurteilte SCHUFA-Fall in Deutschland nichts, da einerseits darin nicht die Tätigkeiten der Schweizer Wirtschaftsauskunfteien beurteilt wird, sondern jene einer deutschen Kreditauskunftei für die Gewährung von Bankkrediten, deren Beurteilung eben gerade zur Gewährung oder Nichtgewährung von Bankkrediten führt. Andererseits äussert sich das Urteil nicht über die hohen Risiken für die Persönlichkeit und die Grundrechte der betroffenen Person.

---

Prof. Dr. AMÉDÉO WERMELINGER doziert an verschiedenen Universitäten der Schweiz, vom Jahr 2005 bis zum Jahr 2019 auch zum Datenschutzrecht an der Universität Luzern. Vom Jahr 2002 bis zum Jahr 2011 war er Datenschutzbeauftragter des Kantons Luzern. Er ist zudem Vizepräsident des Vorstandes von Creditreform, einer Genossenschaft, welche Gläubigerinteressen vertritt.