

Kreditscoring und Datenschutz

Katja Langenbucher

Einen Festschriftbeitrag für Georgios Gounalakis zu verfassen, ist Freude und Herausforderung zugleich. Freude, weil es die Gelegenheit eröffnet, einen ehemaligen Kollegen zu ehren. Herausforderung, weil sich die wissenschaftlichen Arbeitsgebiete von Georgios Gounalakis und der Verfasserin dieser Zeilen leider allenfalls in Randgebieten überschneiden. Besonders ertragreich war vor diesem Hintergrund der Blick in Georgios Gounalakis' umfangreiches Publikationsverzeichnis, das neben dem Medien- und Urheberrecht, der Rechtsvergleichung, dem Kartellrecht und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs auch zahlreiche Beiträge zum Datenschutzrecht enthält. Dazu zählen etwa rechtsvergleichende Überlegungen zum Persönlichkeitsschutz,¹ die Auseinandersetzung mit der ehemaligen EG-Datenschutzrichtlinie² sowie die Kommentierung des Teledienstedatenschutzgesetzes.³ Vor diesem Hintergrund darf angenommen werden, dass die folgenden Überlegungen zum Datenschutz im Kontext des Kreditscorings auf Interesse des Jubilars stoßen.

I. Scoring und Datenbedarf

Den Abschluss eines Kreditvertrages kennzeichnet eine Informationsasymmetrie zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer. Das Interesse des Kreditnehmers richtet sich auf die Offenlegung solcher Daten, die seine Kreditwürdigkeit stärken. Anreize, gegenläufige Daten bekannt zu machen,

-
- 1 G. Gounalakis, *Privacy and the Media – A Comparative Perspective*, München 2000.
 - 2 G. Gounalakis/W. Radke, *Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum Europäischen Gemeinschaftsrecht am Beispiel des Diskriminierungsverbots (Art. 6 EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 58 EGV) und des Kollisionsrechts der EG-Datenschutzrichtlinie*, ZVglRWiss 98 (1999), I.
 - 3 Kommentierung des Gesetzes über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstedatenschutzgesetz – TDDSG) v. 22.7.1997, in: *Das Deutsche Bundesrecht*, Baden-Baden 1998–2006.

dürften demgegenüber eine Seltenheit sein.⁴ Genau umgekehrt verhält es sich mit dem Kreditgeber, der privat- und bankaufsichtsrechtlich gehalten ist, im Interesse der Finanzstabilität aber auch des Schutzes des potenziellen Kreditnehmers, dessen Bonität sorgfältig unter die Lupe zu nehmen. Scoring-Unternehmen, wie insbesondere die deutsche Schufa, bieten in dieser Situation Hilfestellung. Sie sammeln unterschiedliche Daten über potenzielle Kreditnehmer und erstellen auf der Basis statistischer Modelle eine Prognose über die individuelle Kreditwürdigkeit.⁵ Kreditgeber ziehen diese sodann bei der Entscheidung über die Gewährung von Kredit sowie bei der Gestaltung von Konditionen heran.

Die Verarbeitung von Daten bildet somit für Kreditscoring-Agenturen einen zentralen Bestandteil ihrer Arbeit. Das gilt für die herkömmlichen Daten, welche die Schufa verarbeitet. Zunehmend richtet sich der Blick allerdings auch auf sogenannte „alternative Daten“, welche aus Internetquellen und sozialen Medien gewonnen werden können.⁶

II. Zulässigkeit der Datenverarbeitung

Liegen personenbezogene Daten nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO und eine Verarbeitung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO vor, gelten zunächst einmal die in Art. 5 DSGVO festgehaltenen Grundsätze für deren Verarbeitung. Das sind insbesondere der Transparenzgrundsatz, die Zweckbindung, die Datenminimierung, die Richtigkeit und Integrität. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch eine Scoring-Agentur richtet sich außerdem nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Geht es um sensible Daten, aus denen beispielsweise die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen oder religiöse

4 P. Tilk, Die Quantifizierung des Vertrauens, Berlin 2024, S. 41 f.

5 K. Langenbucher, Responsible A.I.-based Credit Scoring – A Legal Framework, *European Business Law Review* 31 (2020), 527; J. Lauer, Creditworthy, A History of Consumer Surveillance and Financial Identity in America, New York 2017.

6 Hierzu Langenbucher *European Business Law Review* 31 (2020), 527; J. Adolff/K. Langenbucher, Kreditscoring: von Auskunftsteilen zu künstlicher Intelligenz, in: M. Hoffmann-Becking/P. Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 1; K. Langenbucher, Consumer Credit in the Age of AI – Beyond Anti-discrimination Law, *European Corporate Governance Institute Law Working Paper* N° 663/2022, Februar 2023, abrufbar unter http://ssrn.com/abstract_id=4275723 (letzter Abruf 18.1.2024); K. Langenbucher/P. Corcoran, Responsible AI Credit Scoring – A Lesson from Upstart.com, in: E. Avgouleas/H. Marjosola (Hrsg.), *Digital Finance in Europe: Law, Regulation, and Governance*, Band 5, Berlin 2022, 142; Überblick bei Tilk, Quantifizierung (Fn. 4), S. 74 ff.

Überzeugungen hervorgehen, um genetische oder biometrische Daten oder Daten zur sexuellen Orientierung, enthält Art. 9 Abs. 1 DSGVO im Grundsatz ein Verarbeitungsverbot. Die Art. 9 Absätze 2 und 3 DSGVO statuieren Ausnahmen hiervon. Diese reichen von der ausdrücklichen Einwilligung (lit. a), über die Verarbeitung bewusst öffentlich gemachter Daten (lit. e) bis zur Erforderlichkeit der Verarbeitung auf der Grundlage eines angemessenen und verhältnismäßigen nationalen Gesetzes, welches angemessene Rechte für den Betroffenen vorsieht (lit. g).

III. Rechte des Datensubjekts

Die Art. 12–23 DSGVO enthalten einen umfangreichen Katalog an Rechten des Datensubjekts. Diese umfassen zunächst einmal die transparente Information mit Blick auf die Ausübung dieser Rechte, Art. 12 DSGVO. So ist bei Erhebung personenbezogener Daten die betroffene Person zu informieren, Art. 13 DSGVO, auch steht ihr ein Auskunftsrecht zu, Art. 15 DSGVO. Die Art. 16–20 DSGVO enthalten Rechte auf Berichtigung und Löschung. Art. 21 DSGVO gewährt ein Widerspruchsrecht für bestimmte Situationen und Art. 22 DSGVO Rechte bei automatisierten Entscheidungen.⁷

Die Bedeutung dieser Rechte für den Kreditbewerber liegt auf der Hand. Weil dessen „Benotung“ durch Vergabe eines Scores vor dem Hintergrund datengetriebener statistischer Modelle erfolgt,⁸ prägt das eigene Datenprofil die Einordnung durch die Scoring-Agentur. Sachlich unzutreffende Daten können zu einem nicht gerechtfertigten schlechten Score führen. Art. 16 DSGVO erlaubt deshalb die Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten. Art. 17 DSGVO kodifiziert für bestimmte Situationen ein Recht auf Löschung personenbezogener Daten. Das gilt beispielsweise für Daten, die zu einem Zweck erhoben wurden, der sich inzwischen erledigt hat, Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO, für den Widerruf der ursprünglich erteilten Einwilligung zur Verarbeitung, lit. b, und für die unrechtmäßige Verarbeitung, lit. d. rechtswidrig verarbeitete Daten mögen zwar sachlich zutreffen, dürfen aber gleichwohl keinen Eingang in die Scoreberechnung finden.

⁷ Dazu sogleich unter IV.

⁸ Vgl. Tilk, Quantifizierung (Fn. 4), S. 25 ff.

IV. Automatisierung und Profiling

Besondere Bedeutung im Kontext des Scorings kommt dem Einsatz automatisierter Verfahren bei der Verarbeitung von Daten zu. Die DSGVO definiert den Begriff der „Automatisierung“ nicht eigens. Zur Undurchsichtigkeit trägt bei, dass der Begriff überwiegend als „automatisierte Verarbeitung“ auftaucht,⁹ mitunter aber auch auf die „automatisierte Entscheidungsfindung“¹⁰ abgestellt wird. Beim Scoring werden Daten auf der Grundlage statistischer Modelle, zunehmend unter Einsatz künstlicher Intelligenz, verarbeitet.¹¹ Es handelt sich damit zweifellos um eine „Verarbeitung“, die im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO mit „Hilfe automatisierter Verfahren“ ausgeführt wird. Die Norm spricht eine ganze Reihe für das Scoring typische Vorgänge an, etwa „die Organisation, das Ordnen, die Anpassung“ oder „das Abfragen“. Ob auch eine „Entscheidungsfindung“ vorliegt, wird weiter unten zu behandeln sein.¹²

Art. 4 Nr. 4 DSGVO definiert zusätzlich eine bestimmte Form der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten. Werden „bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen“, bewertet, „insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“, handelt es sich um „Profiling“. Diese Form der Datenverarbeitung ist der DSGVO besonders suspekt. Geradezu heilsichtig erscheint diese Bewertung mit Blick auf die rasante Zunahme der preiswerten und schnellen Verarbeitung von *big data* durch künstliche Intelligenz.

Die DSGVO gewährt bestimmte Rechte für jede Form der automatisierten Verarbeitung, ob es sich dabei um Profiling handelt oder nicht. Das Profiling erscheint dann im Normtext als „einschließlich Profiling“. So liegt es bei Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO, wonach die betroffene Person darauf hinzuweisen ist, dass eine automatisierte Verarbeitung, einschließlich Profiling, stattfindet. Informiert werden muss auch über die „involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen“. Auch das Auskunftsrecht der betroffenen Person umfasst Informationen

9 Z.B. Erwägungsgründe (15), (63), (71), (105), Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 2 und 4, Art. 22 Abs. 1 DSGVO.

10 Z.B. Erwägungsgrund (71), Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g, Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO.

11 Langenbucher ECGI Law Working Paper N° 663/2022, S. 7 ff.

12 Siehe unten V.

über das Vorliegen einer automatisierten Verarbeitung, einschließlich Profiling, Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO. Art. 22 Abs. 1 DSGVO kodifiziert ein Recht, nicht einer Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung, einschließlich Profiling, beruht, sofern diese Entscheidung selbst rechtliche Wirkung entfaltet oder die betroffene Person in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Die Datenschutzfolgenabschätzung nach Art. 35 Abs. 1 DSGVO erfasst insbesondere die automatisierte Verarbeitung, wiederum erscheint das Profiling als deren Teil, Abs. 3 lit. a. Dasselbe gilt für die in Art. 47 Abs. 1, 2 lit. e DSGVO geforderten verbindlichen internen Datenschutzvorschriften.

Eigenständig hervorgehoben wird das Profiling in zwei Normen: Art. 21 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, Abs. 2 Hs. 2 DSGVO, wonach in bestimmten Situationen ein Recht besteht, Widerspruch gegen die Datenverarbeitung einzulegen. Hierunter fällt auch das Profiling. Außerdem stellt der Europäische Datenschutzausschuss, Art. 68 DSGVO, gemäß Art. 70 Abs. 1 lit. f DSGVO Leitlinien, Empfehlungen und *best practices* zum Profiling bereit.

Besonders nachdrücklich nehmen die Erwägungsgründe auf das Profiling Bezug. Erwägungsgrund (60) hebt den Hinweis darauf, dass Profiling stattfindet, hervor. Erwägungsgrund (63) vertieft die Belehrung über Zwecke und Dauer der Datenverarbeitung und -speicherung, wer deren Empfänger sind, nach welcher Logik die Verarbeitung erfolgt und welche Folgen diese hat. „Zumindest in Fällen, in denen die Verarbeitung auf Profiling beruht“, so Erwägungsgrund (63), sei diese Belehrung wichtig.

V. Die auf automatisierter Verarbeitung beruhende Entscheidung

In einer die Schufa betreffenden Entscheidung hat der EuGH die Vorgaben der DSGVO für den Einsatz automatisierter Verfahren konkretisiert.¹³ Ansatzpunkt der Entscheidung ist Art. 22 Abs. 1 DSGVO, der von einem Recht spricht, „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“. Das Gericht legt diese Norm als Anord-

13 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 52 – OQ/Land Hessen; hierzu K. Langenbacher, Die Schufa vor dem EuGH, BKR 2024, 66.

nung eines Verbots aus, ohne dass dessen Verletzung individuell geltend gemacht zu werden braucht.¹⁴

Komplex stellen sich die Überlegungen zur Frage dar, was mit der „Entscheidung“ gemeint ist, die sich in Art. 22 Abs. 1 DSGVO findet. Die Überschrift der Norm spricht von automatisierten *Entscheidungen*. Im Normtext des Abs. 1 geht es hingegen um die automatisierte *Verarbeitung* personenbezogener Daten, die erst zu einer (nicht notwendig automatisierten) Entscheidung führt. Das Auskunftsrecht des Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO adressiert hingegen die automatisierte *Entscheidungsfindung*, verweist dabei aber auf Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Die nach Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO geschuldete Auskunft soll wiederum „die involvierte Logik, die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen *Verarbeitung*“ (Hervorhebung von Verf.) betreffen.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Das Gericht hat die Erstellung eines Scores durch die Schufa als eine auf automatisierter Datenverarbeitung beruhende „Entscheidung“ im Sinne des Art. 22 Abs. 1 DSGVO verstanden.¹⁵ Zurückgewiesen wurde damit die bislang ganz herrschende Meinung¹⁶ und die Einlassung der Schufa, die für Art. 22 Abs. 1 DSGVO relevante „Entscheidung“ sei die des Kreditinstituts, nicht der gleichsam vorbereitende Beitrag der Schufa, die nur einen unverbindlichen Score liefere.¹⁷ Hiermit

14 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 52 – OQ/Land Hessen; *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 31 (Schlussanträge– OQ/Land Hessen).

15 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 44 ff. – OQ/Land Hessen.

16 Siehe *K. Blasek*, Auskunfteiwesen und Kredit-Scoring in unruhigem Fahrwasser, ZD 2022, 433 (436); *F. Glatzner*, Profilbildung und algorithmenbasierte Entscheidungen, DuD 2020, 312 (krit.); *T. Hoeren*, Rechtliche Grundlagen des SCHUFA-Scoring-Verfahrens, RDV 2007, 93 (97 ff.) (zum BDSG); *J. Horstmann/S. Dalmer*, Automatisierte Kreditwürdigkeitsprüfung, ZD 2022, 260 (263); *W. Krämer*, Die Rechtmäßigkeit der Nutzung von Scorewerten, NJW 2020, 497 (498); *J. Taeger*, Verbot des Profiling nach Art. 22 DS-GVO und die Regulierung des Scoring ab Mai 2018, RDV 2017, 3 (6); *G. Thüsing/P. Musiol*, Scoretransparenz vor dem EuGH, RDV 2022, 189 (192); *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 326 ff.

17 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 86 f.; zu einer ähnlichen Argumentation von Fintech-Unternehmen unter US-amerikanischem Recht siehe: *K. Langenbucher*, The European Court of Justice Tightens the Requirements for Credit Scoring under the GDPR, abrufbar unter https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2023/12/08/the-european-court-of-justice-tightens-the-requirements-for-credit-scoring-under-the-gdpr/ (letzter Abruf 18.1.2024).

verbunden hat das Gericht die Annahme, dass der Score bei der sich anschließenden Kreditgewährung eine „maßgebliche Rolle“ spielt.¹⁸

1. „Maßgeblichkeit“ des Scores für die anschließende Entscheidung:
Vorlagebeschluss des VG Wiesbaden

Der Begriff der „Maßgeblichkeit“ des Scores für die Kreditgewährung findet sich im Vorlagebeschluss des VG Wiesbaden.¹⁹ Es hatte unter Rückgriff auf Empirie der behördlichen Datenschutzaufsicht festgestellt, dass der Kreditgeber den Score zwar nicht verwenden *muss*, dies „in aller Regel jedoch maßgeblich“ tut.²⁰ Folglich formulierte das VG weiter, es komme „zur Entscheidung darauf an, ob die Tätigkeit von Auskunftfeien [...], Score-Werte über betroffene Personen zu erstellen und diese ohne weitergehende Empfehlung oder Bemerkung an Dritte, die unter maßgeblicher Einbeziehung dieses Score-Wertes mit der betroffenen Person kontrahieren oder davon absehen, dem Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DSGVO unterfällt“.²¹

Das VG Wiesbaden setzt sich ausführlich mit der Ansicht auseinander, nicht der Schufa-Score, sondern die Kreditgewährung oder -ablehnung durch die Bank sei als Entscheidung gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO einzuordnen. Fest steht für das Gericht, dass es sich bei der Tätigkeit der Schufa um Profiling, Art. 4 Nr. 4 DSGVO, mithin um eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten handelt. Sodann gerät das VG in das beschriebene Dickicht aus Verarbeitung, Automatisierung und Entscheidungsfindung. Die DSGVO definiert das Profiling zwar, regelt dieses aber nicht ausdrücklich.²² Für regelungsbedürftig, so das Gericht zunächst, halte die DSGVO nur das Auftauchen des Profiling im Kontext einer ausschließlich hierauf beruhenden Entscheidung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO.²³ Geregelt werde aber auch in diesem Fall nicht das Profiling selbst, sondern nur

18 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 50 – OQ/Land Hessen; zum Folgenden auch *Langenbacher* BKR 2024, 66.

19 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 78, 86 ff.; *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 14 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

20 Siehe VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 89; *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 46, außerdem Rn. 36, 59, 95 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

21 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 78.

22 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 85, 87.

23 Hierzu noch unten V.2. und VI.

die Entscheidung.²⁴ Dieser zeitliche Ablauf liege auch Erwägungsgrund (71) DSGVO zugrunde, der die „automatische Ablehnung eines Online-Kreditantrags oder Online-Einstellungsverfahrens“ ausdrücklich adressiert.

Eine Auslegung entlang dieser Überlegungen hält das Gericht aber für zu eng: „Es sieht gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die durch Wirtschaftsauskunfteien vorgenommene automatisierte Erstellung eines Score-Wertes [...] eine eigenständige, auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung im Sinne des Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist“.²⁵ Dafür führt das VG die erhebliche praktische Bedeutung des Scores an.²⁶ Außerdem produziere Art. 22 Abs. 1 DSGVO bei abweichendem Verständnis eine Rechtsschutzlücke. Die Auskunftsansprüche, insbesondere des Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO, könnten nur gegen denjenigen gerichtet werden, der eine endgültige Entscheidung treffe. Dieser verfüge aber gar nicht über die Informationen, um etwa über die „involvierte Logik“ unterrichten zu können,²⁷ wie das wohl noch die Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten angenommen hatte.²⁸

Diese Interpretation des Art. 22 Abs. 1 DSGVO schränkt das VG im Verlauf der eigenen Überlegungen nicht weiter ein. Insbesondere verknüpft es die Annahme, der Score sei bereits eine „Entscheidung“, nicht mit der Frage, ob ein späterer Verwender „maßgeblich“ oder unmaßgeblich auf diesen Score Bezug nehme.²⁹ Weil das Gericht den Begriff der „Maßgeblichkeit“ aber in die Vorlagefrage einfügte, findet sich der Begriff auch in der Entscheidung des EuGH. Die Vorlage fragt, ob die Erstellung eines Scores eine Entscheidung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist, wenn der ermittelte Wert an einen Dritten übermittelt wird und dieser den Score einer eigenen Entscheidung über ein Vertragsverhältnis mit der betroffenen Person „maßgeblich“ zugrunde legt.

24 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 87, 91 ff.

25 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 88.

26 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 89.

27 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 93 ff.

28 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, zuletzt bearbeitet am 6.2.2018, WP251rev.01, S. 28.

29 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 85, 108.

2. „Maßgeblichkeit“ des Scores beim GA und beim EuGH

GA und EuGH setzen naturgemäß auf dem Vorlagebeschluss auf. So bestätigt der GA zunächst, dass es sich um Profiling handelt,³⁰ das Gericht schließt sich dem an.³¹ Die weite Interpretation des Begriffs „Entscheidung“ halten GA und Gericht, wie bereits das VG Wiesbaden, ebenfalls für geboten.³² Mit Blick darauf, ob der Ausdruck „Entscheidung“ in Art. 22 Abs. 1 DSGVO nun die Erstellung des Score-Wertes durch die Schufa oder die einen Kredit betreffende Entscheidung der Bank betrifft, geht der GA davon aus, es sei „unmöglich, diese Frage kategorisch zu beantworten“³³ und verweist stattdessen auf die Umstände des Einzelfalles. Nicht eindeutig ist, ob der Generalanwalt dabei an die Untersuchung typischer Geschehensabläufe im betreffenden Land denkt oder auf einzelne Kreditverträge Bezug nimmt. Für ersteres spricht, dass er weiter erörtert, ob und inwieweit das „Scoring die Entscheidung des Finanzinstituts [...] vorbestimmt“³⁴ und zwar „im Allgemeinen“.³⁵ Letzteres liegt nahe, soweit der Generalanwalt meint, die Frage solle von den „internen Regeln und Praktiken des fraglichen Finanzinstituts“ abhängen.³⁶ Er greift die Beschreibung des VG Wiesbaden auf, der Score beeinflusse die Kreditentscheidung in aller Regel maßgeblich.³⁷ Aus diesem Grund erscheint es dem GA als „übertriebener Formalismus“³⁸ ausschließlich auf den Kreditgeber als Entscheider abzustellen, wenn der Score dessen Entscheidung doch maßgeblich determiniert³⁹ oder

30 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 33 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

31 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 47 – OQ/Land Hessen.

32 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 38 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen); EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 45 f. – OQ/Land Hessen.

33 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 40 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

34 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 42 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

35 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 45, 47 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

36 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 45 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

37 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 46 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

38 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 43 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

39 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 47 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

das Finanzinstitut ihm „größte Bedeutung“ zuschreibt.⁴⁰ Ein negativer Score-Wert, so führt der Generalanwalt aus, kann „für sich genommen nachteilige Auswirkungen auf die betroffene Person haben“, die „bereits auf der Stufe der Bewertung seiner Kreditwürdigkeit durch die Auskunftfeien und nicht erst auf der letzten Stufe der Ablehnung des Kredits [...] beeinträchtigt“ wird.⁴¹ Die durch das VG Wiesbaden beschriebene Rechtsschutzlücke stützt dieses Ergebnis zusätzlich.⁴²

Der EuGH tritt dem bei. „Unter Umständen wie jenen des Ausgangsverfahrens, unter denen der von einer Wirtschaftsauskunftei ermittelte und einer Bank mitgeteilte Wahrscheinlichkeitswert eine maßgebliche Rolle bei der Gewährung eines Kredits spielt“, ist „die Ermittlung dieses Wertes als solche als Entscheidung einzustufen, die im Sinne von Art. 22 Abs. 1 DSGVO gegenüber einer betroffenen Person ‚rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise beeinträchtigt‘“.⁴³ Ob damit die allgemeine Praxis in Deutschland beschrieben wird oder eine weitergehende Qualifikation intendiert ist, bleibt freilich offen.

3. Der Auskunftsanspruch aus Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO

Anders als das VG Wiesbaden insistieren sowohl der GA als auch der EuGH auf dem Auskunftsrecht aus Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO.⁴⁴ Das VG hatte sich mit dem Hinweis begnügt, die Auskunftfeien seien „nicht verpflichtet die Logik und Zusammensetzung der für die Erstellung des Score-Wertes entscheidenden Parameter preiszugeben“. Lakonisch fügt das Gericht hinzu, „sie tun dies aus Gründen des Wettbewerbsschutzes unter Berufung auf ihr Betriebs- und Geschäftsgeheimnis auch nicht“.⁴⁵ Zugrunde liegen dürfte dem die knapp zehn Jahre alte Entscheidung des BGH zu § 34 Abs. 4 BDSG a.F., wonach zwar ein Auskunftsanspruch mit Blick auf die gespeicherten kreditrelevanten Daten besteht, die Scoreformel aber

40 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 43 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

41 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 43 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

42 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 50 f. (Schlussanträge – OQ/Land Hessen); EuGH Ur. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 61 ff. – OQ/Land Hessen.

43 EuGH Ur. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 50 – OQ/Land Hessen.

44 EuGH Ur. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 56 – OQ/Land Hessen.

45 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 100.

nicht mitzuteilen ist.⁴⁶ Relevant ist das insbesondere mit Blick auf die Gewichtung individueller Variablen. Mitunter scheint beispielsweise das Geschlecht bei ansonsten vergleichbaren Merkmalen zu einem schlechteren Score zu führen.⁴⁷

Weder GA noch EuGH wollen sich auf diese Weise abspeisen lassen. Der Auskunftsanspruch erfasst nach Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO ausdrücklich auch die „involvierte Logik“, dazu zähle „grundsätzlich auch die Berechnungsmethode“.⁴⁸ Die Berufung auf das Geschäftsgeheimnis, welche den BGH (freilich zum BDSG a.F. unter Geltung der Datenschutzrichtlinie) noch zur Ablehnung eines darauf gerichteten Anspruchs bewogen hatte,⁴⁹ lässt der GA nicht vollumfänglich gelten. Erwägungsgrund (63) DSGVO habe die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen Auskunftsrecht und Geschäftsgeheimnis gesehen und bestimme ausdrücklich, dass die Berufung auf letzteres nicht dazu führen dürfe, „dass der betroffenen Person *jegliche Auskunft verweigert* wird“⁵⁰ (Hervorhebung im Original). Zu liefern sei immerhin ein „Minimum an Informationen“.⁵¹ Dazu zählen für den GA „hinreichend detaillierte Erläuterungen zur Methode für die Berechnung des Score-Wertes und [...] Gründe [...], die zu einem bestimmten Ergebnis geführt haben“ und zwar die „berücksichtigten Faktoren und deren Gewichtung auf aggregierter Ebene“.⁵² Auf diesen Auskunftsanspruch verweist auch der EuGH, Details waren freilich nicht entscheidungsrelevant.⁵³

46 BGHZ 200, 38.

47 Vgl. für das weibliche Geschlecht: OLG München 12.3.2014 – 15 U 2395/13, ZD 2014, 570; siehe auch die Ergebnisse des Projekts OpenSCHUFA bei DER SPIEGEL, Große Schufa-Recherche, 28.11.2018, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wirtschaft/service/blackbox-schufa-2800-verbraucher-spendeten-ihre-selbstauskunft-a-1240703.html> (letzter Abruf 18.1.2024).

48 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 54 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

49 BGHZ 200, 38, Leitsatz 3, Rn. 17, 27, 32, 33.

50 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 56 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

51 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 56 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

52 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 58 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen); zur Reichweite siehe *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 345 ff.

53 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 10, 15 – OQ/Land Hessen.

VI. Der Begriff der „Maßgeblichkeit“

Die Verknüpfung der Rechte Betroffener gegenüber der Schufa mit der Frage, ob der Score eine später darauf aufbauende Entscheidung „maßgeblich“ beeinflusst habe, hat zu Recht ein kritisches Presseecho gefunden.⁵⁴ Die Schufa sieht jedenfalls keinen Grund, zu reagieren: Sie hat sich nach eigenen Angaben „auf dieses Urteil [...] mit unseren Kunden in den vergangenen Monaten vorbereitet [...] Das weit überwiegende Feedback unserer Kunden lautet, dass Zahlungsprognosen in Form des SCHUFA-Scores für sie zwar wichtig, aber in aller Regel nicht allein entscheidend für einen Vertragsabschluss sind. Deshalb wird die große Mehrheit unserer Kunden SCHUFA-Scores weiterhin ohne Anpassung ihrer Prozesse nutzen können“.⁵⁵

Das legt den Finger in die Wunde. Offen bleibt nämlich, was genau mit der „maßgeblichen“ Beeinflussung einer Kreditvergabeentscheidung durch den Schufa-Score gemeint ist. Das produziert Rechtsunsicherheit und Beweisschwierigkeiten.

Die Einschränkung durch den Topos der „Maßgeblichkeit“, das haben die obigen Erläuterungen gezeigt, geht vor allem auf die (nicht durch die eigenen Entscheidungsgründe gestützte) Formulierung der Vorlagefrage durch das VG Wiesbaden zurück.⁵⁶ Diese eröffnet bekanntlich den begrenzten Raum, innerhalb dessen der EuGH zur Entscheidung aufgerufen ist. In den Entscheidungsgründen des VG Wiesbaden nimmt aber die „Maßgeblichkeit“ – anders als in der Vorlagefrage – keinerlei Rolle ein. Vielmehr scheint der Begriff zur deskriptiven und generalisierenden Erläuterung der Bedeutung des Scores im Kreditkontext, nicht als Aufruf zu einer Einzelfallprüfung bei individuellen Banken verwendet worden zu sein.

Das spricht dafür, bei der nunmehr anstehenden Folge-Entscheidung des VG Wiesbaden eine deskriptiv-typologische Lesart des Begriffs zugrunde zu legen. Das VG hat den Ausdruck verwendet, um die prominente Stellung des Schufa-Scores zu erläutern und, dies abstützend, auf Erfahrungen aus der generalisierenden behördlichen Datenschutzaufsicht verwiesen. Auf

54 J. Schrader, Maßvoll, maßlos, maßgeblich, Börsenzeitung vom 7.12.2023, abrufbar unter <https://www.boersen-zeitung.de/meinung-analyse/massvoll-masslos-massgebl> ich (letzter Abruf 18.1.2024).

55 Schufa, EuGH beantwortet wichtige Fragen zum Einsatz von Scores durch Unternehmen, 7.12.2023, abrufbar unter <https://www.schufa.de/themenportal/eugh-urteil-scoring/> (letzter Abruf 18.1.2024).

56 Krit. Tilk, Quantifizierung (Fn. 4), S. 328.

dieser Beschreibung setzt der EuGH auf. Dem lässt sich deshalb nicht entgegenhalten, dass einzelne Banken neben dem Schufa-Score noch weitere Elemente berücksichtigen oder den Score nicht für „maßgeblich“ halten, etwa weil nach ihren internen Abläufen kein Automatismus zwischen Score und Kreditgewähr (oder -ablehnung) existiert. Hinzu kommt, dass jedenfalls die heutige Bedeutung des Schufa-Scores über die Kreditgewährung durch Finanzinstitute hinaus reicht und, beispielsweise, auch Mobilfunkunternehmen, Vermieter, mitunter sogar Arbeitgeber diesen anfragen. Das schließt nicht aus, dass sich im Laufe der Zeit Wettbewerber der Schufa ein so erhebliches Marktpotential erobern, dass der Schufa-Score „unmaßgeblich“ wird. Solange die Schufa in Deutschland eine herausragende, möglicherweise sogar monopolartige Stellung innehat, kann hiervon aber nicht ausgegangen werden.

Dafür spricht schon ein ganz pragmatisches Argument. Bei der Erstellung des Scores durch die Schufa, ebenso wie bei jeder fortlaufenden Anpassung, steht noch gar nicht fest, für welche Einzelfälle dieser einmal relevant werden wird. Nicht stets ist dessen Vorlage zwingend erforderlich. In seltenen Fällen wird der Score die Entscheidung eines Akteurs wie der Bank oder dem Wohnungsvermieter vollständig determinieren.⁵⁷ Die betroffene Person steht deshalb vor der Wahl, ob sie diesen Akteuren ihren Score aushändigen möchte oder sich lieber darauf verlässt, dass der angestrebte Vertragsschluss ohne Schufa-Score zustande kommt. Ihre Entscheidung hängt notwendig davon ab, ob sie diesen Score kennt sowie beurteilen kann, ob er zutrifft oder sich ein Vorgehen gegen den erteilten Score empfiehlt. Ein Recht hierauf steht ihr aber nur zu, wenn die Einordnung des Scores als „Entscheidung“ nicht davon abhängt, ob er zu einem späteren Zeitpunkt die Entscheidung (irgend-)eines Akteurs maßgeblich beeinflusst. Genau umgekehrt handelt es sich folglich um mindestens zwei Entscheidungen: diejenige der Schufa, in Form der Erstellung des Scores, und diejenige eines (oder mehrerer) folgender Akteure, die den Score für ihre Entscheidungsfindung verwenden.⁵⁸

57 Das gilt im Grundsatz auch für Kreditinstitute, siehe §§ 505a, 505b BGB, § 18a KWG, dazu *Blasek* ZD 2022, 433 (436); nach formalen („KO-Kriterien“) und substantiierten Entscheidungen über die Übernahme differenzierend: *Horstmann/Dalmer* ZD 2022, 260 (262).

58 So auch EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 63 – OQ/Land Hessen.

Das überzeugt weiterhin systematisch. Versteht man mit dem EuGH die Erstellung des Scores als die „Entscheidung“ nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO, fügt sich die automatisierte Verarbeitung der Daten durch die Schufa nahtlos ein. „Ausschließlich“ diese Verarbeitung führt zur „Entscheidung“ in Form der Erstellung des Scores, denn *bei der Schufa* findet innerhalb der Modellberechnung kein menschlicher Eingriff statt.⁵⁹ Wegen der potenziellen Bedeutung des Scores für eine Vielzahl von (in ihrer Gesamtheit noch nicht absehbaren) Verträgen, beeinträchtigt der Score den Betroffenen auch in ähnlicher Weise erheblich, wie eine andere rechtliche Wirkung gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO.⁶⁰ Der Ansicht, es handele sich bei der Erstellung des Scores nur um eine Datenbank zur Kredithistorie,⁶¹ hat der EuGH zu Recht eine Absage erteilt. Der darüberhinausgehende Beitrag der Schufa (und ihrer Wettbewerber) liegt in der Modellierung, welche auf dieser Datenbank aufsetzt. Die Zuteilung eines Scores zu einem Individuum ist deshalb die (automatisierte) Entscheidung, dieses Individuum so und nicht anders zu behandeln. Auf die Frage, ob der Score *lege artis* erstellt wurde,⁶² kommt es schon wegen der erheblichen Varianz in der möglichen Modellierung nicht an.

Dazu passt außerdem der Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO, wenn als „automatisierte Entscheidungsfindung“ die Erstellung des Scores gilt. Der dort geregelte Auskunftsanspruch mit Blick auf die „involvierte Logik“, den GA und EuGH hervorheben, betrifft dann den Score selbst, und zwar unabhängig davon, ob der Betroffene nachweisen kann, dass ein bestimmtes Finanzinstitut oder ein anderer Akteur diesen zugrunde gelegt hat. Die Rechtsschutzlücke ist damit beseitigt, denn der Anspruch des Betroffenen richtet sich von vornherein gegen die Schufa und betrifft die Erstellung des Scores als automatisierte Entscheidung.

Vermieden wird auf diese Weise auch die komplizierte Frage, wie prozessual mit der Beweislastverteilung umzugehen ist. Die Erstellung des Scores berechtigt zu einem Auskunftsanspruch, und zwar unabhängig davon, wo-

59 Siehe auch *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 33, 36 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen); EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 47 – OQ/Land Hessen.

60 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 48 – OQ/Land Hessen; a.A. *Thüsing/Musiol* RDV 2022, 189 (192); *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 327 f., 329 m.w.N.

61 *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 327 f. m.w.N., stattdessen als regelmäßig „unerhebliche“ Entscheidung einstufend, *ebd.*, S. 329.

62 A.A. *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 329 m.w.N.

zu dieser Score später führt. Für die Entscheidung, ob ein Betroffener den eigenen Score gegenüber einem Akteur offenlegen möchte, kann, wie beschrieben, die Erfüllung des Auskunftsanspruchs durch die Schufa zentral sein. Dem Betroffenen wird es aber kaum möglich sein nachzuweisen, welche Rolle der Score für den Vermieter oder Arbeitgeber spielt. Art. 22 Abs. 1 DSGVO geht es deshalb nicht ausschließlich um deren Entscheidung, sondern zusätzlich um den Score, der aufgrund einer automatisierten Verarbeitung der Daten des Betroffenen erstellt wird.

Ergänzend mag auf die Erwägungsgründe (30), (31), (58) der EU KI-VO⁶³ verwiesen werden. Soweit eine KI zur Erstellung eines sozialen Scores oder eines Kreditscores eingesetzt wird, führt dies bekanntlich künftig zur Einordnung der KI als Hochrisikosystem.⁶⁴ Ob der Score in der Folge von einem Marktakteur „maßgeblich“ verwendet wird, ist für den Verordnungsgeber irrelevant. Die Bedeutung eines Scores steht diesem klar vor Augen, wenn er auf dessen Verwendung für die „Zugänglichkeit und Inanspruchnahme grundlegender privater und grundlegender öffentlicher Dienste und Leistungen“ hinweist und neben dem Zugang zu Finanzmitteln auch die Inanspruchnahme wesentlicher Dienstleistungen wie etwa die Gewähr von Wohnraum, Elektrizität und Telekommunikationsdienstleistungen aufzählt.⁶⁵ Für die Entscheidung einzelner Marktakteure unter Rückgriff auf einen Score sind jeweils spezielle Normen zuständig.

Dazu passt zuletzt, dass sich die im Oktober 2023 reformierte Verbraucherkreditrichtlinie (VerbrKrRL)⁶⁶ mit Rechten des potenziellen Kreditnehmers gegenüber einem Akteur, nämlich dem Kreditgeber gemäß Art. 3 Nr. 2, 2 Abs. 2–8 VerbrKrRL, beschäftigt.⁶⁷ Deren Normen ergänzen nach der hier vorgeschlagenen Lesart die DSGVO. Letztere gewährt einen An-

63 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. L, 2024/1689 vom 12.7.2024, ABl. L, 2024/1689, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>.

64 K. Langenbucher, AI credit scoring and evaluation of creditworthiness – a test case for the EU proposal for an AI Act, ECB Legal Conference 2021, 2022, S. 326.

65 Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anhang III Nr. 5 AI Act; vgl. auch Erwägungsgrund (58) KI-VO.

66 Richtlinie 2023/2225 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/08/EG, ABl. (EU) L 2023/2225.

67 Erwägungsgrund (56) VerbrKrRL.

spruch gegen die Schufa. Erstere betrifft den Auskunftsanspruch gegen den Kreditgeber, falls dessen „Kreditwürdigkeitsprüfung eine automatisierte Verarbeitung beinhaltet“, beispielsweise ein internes Scoring.⁶⁸ In diesem Kontext genügt es dem Richtliniengeber übrigens, dass eine automatisierte Verarbeitung Teil der Prüfung ist, ob diese maßgeblich ist, wird nicht gefragt, Art. 18 Abs. 8 UAbs. 1 lit. a VerbrKrRL.⁶⁹ Dieser Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO nachgebildete Anspruch betrifft dann das Verhältnis zwischen Kreditnehmer und Kreditgeber.

68 Zu diesem *Blasek* ZD 2022, 433 (436).

69 *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 349.