

## Editorial

### Ready to score? – Der Entwurf eines § 37a BDSG zum Scoring

Die Fußball-Europameisterschaft ist vorüber. Somit hat das „Scoring“ seinen Platz zurück in der Ermittlung von Wahrscheinlichkeitswerten für zukünftiges Verhalten aus vorliegenden Erfahrungswerten anhand mathematisch-statistischer Verfahren, was namentlich zur Beurteilung der Bonität potenzieller Kreditnehmer herangezogen wird. In Deutschland ist der dominierende Indikator bekanntlich das Kredit-scoring der Wirtschaftsauskunftei Schufa Holding AG, kurz: Schufa. In die Beurteilung des Scoringwerts gehen zahlreiche finanzielle und rechtsbezogene Informationen ein, mithin personenbezogene Daten. Seine praktische Bedeutung ist namentlich für Verbraucher kaum zu überschätzen: Im Regelfall ist ohne brauchbaren Scoringwert kein Kredit-, Leasing- oder Wohnraummietvertrag zu marktüblichen Konditionen zu erhalten. Die Kenntnis der Formel, mittels derer der Wert bestimmt wird, ist für viele Akteure von Interesse, nicht zuletzt den betroffenen Verbraucher.

Zum alten BDSG hatte der BGH anno 2014 entschieden (BGH BB 2014, 842), dass die Schufa zwar datenschutzrechtlich Auskunft über die personenbezogenen, insbesondere kreditrelevanten Daten des datenschutzrechtlich Betroffenen erteilen müsse, nicht jedoch über die Zusammensetzung der Scoreformel als abstrakter Methode der Kreditwertberechnung; deren Inhalte genossen als Geschäftsgeheimnis gesetzlichen Schutz. Unter der Geltung von Art. 22 Abs. 1 DS-GVO, dem grundsätzlichen Verbot der (rein) automatisierten Entscheidungsfindung im Einzelfall, hat der EuGH aus Anlass einer Klage auf datenschutzbehördliches Einschreiten gegen die Schufa indes Ende 2023 (EuGH NJW 2024, 413) entschieden, dass das Schufa-Scoring künftig nicht mehr als alleinige Bewertungsgrundlage der Kreditwürdigkeit herangezogen werden darf und zugleich einschränkende Vorgaben zur Dauer der gespeicherten Daten gemacht.

Bei der Beurteilung der Entscheidung im Sinne der Vorschrift ist auch das „Ergebnis der Berechnung der Fähigkeit einer Person zur Erfüllung künftiger Zahlungsverpflichtungen in Form eines Wahrscheinlichkeitswerts mit ein-

zuschließen“; offen blieb, ob der Auskunftsanspruch des Betroffenen auch Art und Weise der Scoreberechnung betrifft. Selbst die Schufa hat das Urteil begrüßt mit dem Hinweis, sie empfehle ihren Vertragspartner ohnehin, Scorewerte nicht zur alleinigen Grundlage für rechtlich bindende Entscheidungen zu machen. Dies klingt, in dem Wissen um die auch vom EuGH erkannte normative Kraft des faktischen scores im Wirtschaftsleben, doch allzu wohlfeil.

Das Urteil hat den Bundesgesetzgeber auf den Plan gerufen, es liegt mittlerweile ein Regierungsentwurf zur Überarbeitung des BDSG vom 27.03.2024 vor (vgl. BT-Drs. 20/10859, S. 1 f.), dessen § 37a BDSG-E das Scoring adressiert. Diese Vorschrift sieht eine Ausnahmeregelung zum Verbot des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO und ergänzt diesen um weitere Bestimmungen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen des Betroffenen gem. Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO. Die Erstellung oder Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten ist für die Zwecke der Beurteilung der Vertragsbegründung, -durchführung oder -beendigung sowie für Bonitätsbeurteilungen gem. § 37a Abs. 1 vom grundsätzlichen Verbot nach Art. 22 Abs. 1 DS-GVO ausgenommen,



jedoch wird die Erstellung bzw. Verwendung solcher Werte durch die nachfolgenden Absätze streng reglementiert. So dürfen etwa keine Gesundheits- bzw. Anschriftendaten oder generell Daten bezüglich Minderjähriger herangezogen werden (Abs. 2); Abs. 3 klärt darüber auf, unter welchen Bedingungen der Bestand von Forderungen Eingang in Wahrscheinlichkeitsbeurteilungen zu Bonitätszwecken finden darf, die bloße Behauptung einer fälligen Forderung genügt nicht. § 37a Abs. 4 und 6 schaffen neue Informationspflichten des Verantwortlichen gegenüber dem Betroffenen, darunter auch zur Gewichtung von Kategorien an Kriterien und Kriterien untereinander, bzw. Anfechtungs- und Gegendarstellungsrechte gegenüber dem Verantwortlichen. Die Berufung des Verantwortlichen auf (zur Erstellung der Wahrscheinlichkeitsbeurteilung vorgebrachten)

Geheimnisschutz wird durch § 37a Abs. 5 BDSG-E unter Verweis auf § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG eingeschränkt, insgesamt bedeutete der Referentenentwurf einen beachtlichen Schritt in Richtung Transparenz und Diskriminierungsbekämpfung, der indes in der Stellungnahme des Bundesrats erheblich relativiert wird (BT-Drs. 20/10859, S. 33 f.). Ob die

künftige Scoring-Gesetzgebung wirklich ein Treffer für datenschutzrechtlich Betroffene wird, bleibt einstweilen abzuwarten.

Prof. Dr. Stefan Müller\*

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. III.

# Aufsätze

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, Hamburg\*

## Zur Reaktion des Rechts auf die digitale Transformation<sup>1</sup>

*Die Digitalisierung und damit verbundene technologische und soziale Innovationen sind Herausforderungen auch für die Rechtsordnung. Die Sicherung von Chancen und die Abwehr von Risiken erfordern regulative Umgehungen. Diese müssen auf die Zukunftsoffenheit der Entwicklung, vielfache Entgrenzungen und Konvergenzen sowie nationale und transnationale Vernetzungen, aber auch auf neue Machtverhältnisse reagieren. Der Beitrag beschreibt Herausforderungen durch die digitale Transformation und illustriert die Problemlage am Beispiel des Artificial Intelligence Act der EU.*

### I. Transformative Wandlungsprozesse

Die Geschichte der Menschheit ist eine Geschichte des stetigen, manchmal auch sehr sprunghaften Wandels. Für nachhaltigen Wandel steht das Schlagwort der Transformation. Transformationen werden meist von Disruptionen begleitet, etwa von Irritationen hinsichtlich bisheriger Gewissheiten oder anderen Arten des Infragestellens früherer Gewohnheiten, durch die Entwicklung neuer Ideen oder die Schaffung neuer Strukturen.

#### 1. Beispiele für Transformationen

Eine besonders nachhaltige Transformation erfolgte mit der Erfindung der Schrift Ende des vierten Jahrhunderts vor Christi. Sie erlaubte neue Formen des kommunikativen Austauschs und ein über Generationen verwertbares Gedächtnis. Sie ermöglichte ebenfalls neue Arten der Verwaltung und Kontrolle. Zu den Neuerungen gehörte auch die Bildung von neuen Organisationsformen und – besonders wichtig für die weitere Entwicklung – die Schaffung von Staaten als großräumige politische Organisationen.

Eine andere, besonders folgenreiche Transformation erfolgte ab dem 17. Jahrhundert im Zuge der Industrialisierung. Dies war der Beginn neuartiger Produktions- und Distributionsformen, deren Einsatz einen erheblichen wirtschaftlichen Aufstieg ermöglichte und die Grundlage der Neu-

ordnung von Machtverhältnissen bildete. Mit ihr waren auch Disruptionen verbunden, insbesondere Prozesse massenhafter Verarmung und großer sozialer Not.

Auch durch die Folgen der Industrialisierung wurden weitere Änderungen der Gesellschafts- und Rechtsordnungen angestoßen. Besonders folgenreich waren evolutionäre und revolutionäre Entwicklungen in Staat und Gesellschaft, darunter die Ende des 18. Jahrhunderts erfolgte französische Revolution. Mit den Forderungen nach politischer Freiheit, rechtsstaatlichen Schutzvorkehrungen und der Schaffung demokratischer Strukturen wurden weitere Transformationen ausgelöst, insbesondere hinsichtlich der Staatsformen und der Entwicklung freiheitlicher Rechte.

Der in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts durch die Entwicklung und Nutzung digitaler Techniken ausgelöste und im 21. Jahrhundert intensivierter Wandel hat zu weiteren grundlegenden Transformationen in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft geführt. Davon betroffen ist auch das Recht in seinen Möglichkeiten zur Einwirkung auf Lebensverhältnisse aller Art.

Die digitale Transformation knüpft ähnlich wie die Erfindung der Schrift zunächst an die Entwicklung eines neuen Mediums an: Algorithmen und algorithmische Systeme. Dies ermöglichte die Entwicklung zuvor ungeahnter neuer Technologien. Digitale Technologien sind durch eine Vielzahl und Vielfalt von Verwendungsmöglichkeiten in fast allen Lebensbereichen geprägt, die auch Fortentwicklungen der zwei weiteren soeben benannten Transformationen bewirkt haben. Erwähnt seien nur die neuen digital bedingten Veränderungen der Kommunikationsformen und -inhalte sowie vielartige Neuerungen in den Bereichen der Produktion und Distribution sowie die Ausweitungen freiheitlicher Entfaltungsmöglichkeiten und deren Erstreckung in alle Kontinente, wenn auch nicht überall mit gleicher Intensität.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. III.

<sup>1</sup> Überarbeitete Fassung des Vortrags, den der Autor im Rahmen des Festaktes zur Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die „Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul“ (Brasilien) gehalten hat.