



Bern, den

Rechtsrahmen der Praktiken von Wirtschafts- auskunfteien

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulats 16.3682 Schwaab
vom 21. September 2016

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	4
1.1	Auftrag	4
1.2	Vorgehen und externe Studie.....	5
2	Grundlagen	7
2.1	Begriff der Wirtschaftsauskunfteien.....	7
2.2	Relevanz der Wirtschaftsauskunfteien	7
2.3	Kritik an den Praktiken der Wirtschaftsauskunfteien.....	8
2.4	Die Marktverhältnisse	10
3	Das Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien	11
3.1	Art und Inhalt der Bonitätsauskünfte	11
3.2	Vergütung der Auskünfte	11
3.3	Art der bearbeiteten Personendaten	11
3.4	Dauer der Aufbewahrung der Personendaten	13
3.5	Berechnung des Score-Werts	13
3.6	Good Practice und Umgang mit Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsbegehren	13
4	Zur Datenqualität und Information der betroffenen Personen	14
4.1	Datenqualität.....	14
4.1.1	Fehlerquellen.....	14
4.1.2	Anzahl falscher Auskünfte	15
4.1.3	Auswirkungen falscher Auskünfte.....	15
4.2	Information der betroffenen Personen.....	16
5	Zwischenfazit	16
6	Regulatorisches Umfeld der Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien	17
6.1	Nationaler Rechtsrahmen	17
6.1.1	Bundesgesetz über den Datenschutz	18
6.1.1.1	Rechtmässigkeit der Bearbeitung von Personendaten durch Privatpersonen	18
6.1.1.2	Grundsatz von Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit und Zweckbindung	19
6.1.1.3	Grundsatz der Transparenz: Erkennbarkeit, Informationspflicht und Auskunftsrecht.....	19
6.1.1.4	Richtigkeit der Daten	20
6.1.1.5	Aufsicht und Zertifizierung.....	21
6.1.1.6	Rechte der betroffenen Personen und Strafbestimmung	21
6.1.2	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.....	21
6.1.3	Interventionen des EDÖB und Rechtsprechung	22
6.2	Selbstregulierung	23
6.3	Ausblick: Totalrevidiertes Bundesgesetzes über den Datenschutz.....	24
6.3.1	Verschärfte Voraussetzungen bezüglich des Rechtfertigungsgrunds für die Prüfung der Kreditwürdigkeit.....	25
6.3.2	Verbesserung der Transparenz bei der Bearbeitung von Personendaten	25
6.3.2.1	Ausweitung der Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten	25
6.3.2.2	Informationspflicht und Auskunftsrecht bei einer automatisierten Einzelentscheidung	26

Rechtsrahmen der Praktiken von Wirtschaftsauskunfteien

6.3.3	Verbesserte Kontrollmöglichkeiten für die betroffene Person.....	27
6.3.4	Stärkung der Aufsichtskompetenzen des EDÖB.....	27
6.3.5	Verschärfung des Sanktionensystems.....	28
6.3.6	Stärkung der Prävention und Selbstregulierung.....	28
6.3.6.1	Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen	28
6.3.6.2	Datenschutz-Folgenabschätzung	28
6.3.6.3	Verhaltenskodizes.....	28
6.3.6.4	Zertifizierung.....	29
6.4	Entwicklungen auf internationaler Ebene	29
6.4.1	Europäische Union	29
6.4.2	Europarat	29
6.4.3	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung.....	30
6.5	Rechtsvergleich	30
7	Fazit und mögliche Lösungsansätze des Berichts Ecoplan	32
8	Würdigung und Schlussfolgerungen des Bundesrates	33
8.1	Handlungsbedarf im Bereich der Transparenz und betreffend die Merkmale zur Bonitätsberechnung	33
8.2	Mögliche Massnahmen	34
8.2.1	Vorbemerkung.....	34
8.2.2	Kein zusätzlicher Regelungsbedarf	34
8.2.3	Würdigung der Lösungsansätze des Berichts Ecoplan	35
8.3	Schlussfolgerung und empfohlene Massnahmen.....	37

Zusammenfassung

Die Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien sind für die Schweizer Wirtschaft von grosser Bedeutung. An der Durchführung von Bonitätsprüfungen besteht für alle am Wirtschaftsleben beteiligten Personen ein erhebliches Interesse. Allerdings sind die Praktiken der Wirtschaftsauskunfteien auch immer wieder kritisiert worden. Mit dem Postulat Schwaab 16.3682 "Die Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien einschränken" vom 16. Dezember 2016 wurde der Bundesrat beauftragt zu untersuchen, ob eine stärkere Regulierung der Praktiken von Wirtschaftsauskunfteien erforderlich ist. Im Zentrum dieser Untersuchung standen neben den Wirtschaftsauskunfteien auch die von der Bonitätsprüfung betroffenen Personen.

Der Bundesrat gelangt in seinem Bericht zum Schluss, dass für die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien ein genügender Rechtsrahmen vorliegt und die datenschutzrechtlichen Vorgaben sowie der Schutz der von der Datenbearbeitung betroffenen Personen mit dem revidierten Datenschutzgesetz (DSG) noch weiter verschärft werden. Nach dem Inkrafttreten des revidierten DSG müssen die Wirtschaftsauskunfteien sicherstellen, dass sie bei ihren Tätigkeiten auch die neuen und teilweise strengeren Anforderungen erfüllen. Ein Bedarf an zusätzlichen Regelungen besteht aus Sicht des Bundesrates nicht. Insbesondere beurteilt er die Einführung eines besonderen Aufsichtssystems angesichts der bereits bestehenden Mittel, der zu relativierenden Problematik sowie der Verschärfungen durch die DSG-Revision als nicht verhältnismässig.

Eine gewisse Problematik besteht allerdings im Bereich der Transparenz, die Ausgangspunkt dafür bildet, dass die von der Bonitätsberechnung betroffenen Personen ihre datenschutzrechtlichen Ansprüche wahrnehmen und durchsetzen können. Um die Transparenz zu stärken, empfiehlt der Bundesrat der Branche, den bestehenden Verhaltenskodex anzupassen. Er schlägt eine Ergänzung des Kodex mit zusätzlichen Regelungen zur Information über die Datenbeschaffung und Datenbekanntgabe sowie zur Bonitätsberechnung vor. Auch empfiehlt der Bundesrat, bei der Bonitätsberechnung auf den Einbezug persönlicher Merkmale (wie z.B. Geschlecht), die nicht auf die individuelle Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit der betroffenen Person zugeschnitten sind, zu verzichten.

Die konkrete rechtliche Beurteilung der Frage, inwieweit sich die Wirtschaftsauskunfteien an die bestehenden bzw. künftigen Rechtsvorgaben halten, liegt in der Kompetenz des EDÖB und der Gerichte.

1 Ausgangslage

1.1 Auftrag

Am 21. September 2016 reichte der damalige Nationalrat Jean-Christophe Schwaab das Postulat 16.3682 "Die Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien einschränken" (im Folgenden: Postulat Schwaab) ein. Der Bundesrat beantragte am 9. November 2016 die Annahme des Postulates. Der Nationalrat nahm das Postulat am 16. Dezember 2016 an.¹

Der Postulant verlangt Folgendes:

"Der Bundesrat wird beauftragt zu prüfen, ob es nicht notwendig wäre, die Praktiken der Wirtschaftsauskunfteien stärker zu regeln, namentlich ob nicht im Bereich der Methoden, die zur Beschaffung von Informationen über Privatpersonen und Unternehmen verwen-

¹ AB 2016 N 2287.

det werden können, klarere Grenzen eingeführt werden sollten. Er soll namentlich die rechtlichen Konsequenzen der Verbreitung und Nutzung von unvollständigen oder fehlerhaften Informationen über die Zahlungsfähigkeit prüfen."

Zur Begründung wird angefügt:

"In einer Marktwirtschaft muss die Möglichkeit bestehen, sich über die Zahlungsfähigkeit von potenziellen Vertragspartnern ein Bild zu machen. Es ist zwar wichtig, vor der beschränkten Zahlungsfähigkeit eines potenziellen Partners gewarnt zu sein; eine fehlerhafte Information kann jedoch für beide Parteien äusserst schädlich sein. Wer glaubt, sein Partner sei nicht zahlungsfähig, geht das Risiko ein, aus den falschen Gründen auf ein Geschäft zu verzichten oder unnötige Kosten auf sich zu nehmen, um sich gegen das Gegenparteiisiko abzusichern. Wer hingegen zu Unrecht für einen beschränkt zahlungsfähigen Schuldner gehalten wird, wird in seiner Wirtschaftstätigkeit beeinträchtigt, weil niemand mit ihm oder ihr Geschäfte eingehen möchte oder Geschäfte nur zu sehr schlechten Bedingungen möglich sind. Oft können solche Privatpersonen und Unternehmen, wenn sie zu Unrecht für beschränkt zahlungsfähig gehalten werden, ganz einfach keine eigentlich lebenswichtigen Verträge mehr abschliessen (Mietvertrag, Kredite, Versicherungen).

Mit dem Aufschwung von "Big Data" ist eine Reihe von Firmen entstanden, die sich auf Bonitätsprüfungen von Privatpersonen und KMU spezialisiert haben. Diese Firmen beurteilen deren Zahlungsfähigkeit – ohne dass die Betroffenen es wissen – nach mehr oder weniger seriösen Kriterien (Einkommen, Familiensituation, Strafregister, Aktivität auf sozialen Netzwerken usw.). Anscheinend werden sehr oft absonderliche Kriterien verwendet, und zahlreiche potenzielle Schuldner werden zu Unrecht als beschränkt zahlungsfähig eingestuft – auf die Gefahr hin, dass ihr Ruf und ihre wirtschaftliche Freiheit beeinträchtigt werden. Die Erfahrung zeigt, dass es namentlich aufgrund horrender Gebühren schwierig ist, Zugang zu seinen eigenen Informationen zu erhalten, und vor allem, dass es fast unmöglich ist, sie korrigieren zu lassen. Die Beurteilungsmethoden bleiben unergründlich – wahrscheinlich, um die absonderlichen Kriterien nicht zu durchkreuzen, auf denen sie aufbauen."

1.2 Vorgehen und externe Studie

Der Bundesrat hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beauftragt, die für die Erfüllung des Postulats notwendigen Abklärungen und Arbeiten vorzunehmen. Das EJPD hat in der Folge – unter der Leitung des Bundesamtes für Justiz (BJ) – den vorliegenden Bericht in Zusammenarbeit mit einer interdepartementalen Arbeitsgruppe (IDAG) ausgearbeitet. Die IDAG setzte sich (neben dem BJ) aus Vertreterinnen und Vertretern des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) sowie des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zusammen. Für die Fertigstellung und Verabschiedung des vorliegenden Berichts hat der Bundesrat die Schlussabstimmung des Parlaments vom 25. September 2020 über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG)² abgewartet, um die Ergebnisse der parlamentarischen Beratungen sowie die zukünftige Rechtslage in seine Beurteilung miteinbeziehen zu können.

Als Grundlage für die Ausarbeitung des vorliegenden Berichts hat das BJ ein privates Unternehmen (ECOPLAN AG in Zusammenarbeit mit der Zürcher Anwaltskanzlei niclaw) mit einer Analyse zu den Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien³ beauftragt. Ziel dieses Mandates

² Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), SR 235.1. Zu der vom Parlament am 25. September 2020 verabschiedeten Totalrevision des DSG vgl. BBl 2020 7639 ff.

³ Zum Begriff der Wirtschaftsauskunfteien siehe Ziffer 2.1.

war es, Informationen über die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien zu beschaffen, damit bestimmt werden kann, welche Bedeutung der entsprechende Markt in der Schweiz hat, wie er funktioniert und ob allenfalls gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Im Zentrum standen eine Marktanalyse zu den Kundenkategorien und zum Geschäftsvolumen der betreffenden Dienstleistungen. Darüber hinaus sollte das Geschäftsmodell untersucht werden. So ging es namentlich um die Fragen, welche Kategorien von Personendaten bearbeitet werden, wie die Datenbearbeitung erfolgt, und mit welchen Problemen die von der Datenbearbeitung betroffenen Personen (nachfolgend: "betroffene Personen") konfrontiert sind.

Für die Erstellung der Studie haben die Autorinnen und Autoren mit allen in der Schweiz tätigen Wirtschaftsauskunfteien Befragungen durchgeführt. Sie haben ferner drei Konsumentenschutzorganisationen, den EDÖB sowie den Schweizerischen Gewerbeverband (sgv) interviewt und Internet- sowie Literaturrecherchen getätigt. Die Studie berücksichtigte ausschliesslich die Wirtschaftsauskunfteien auf dem Schweizer Markt⁴ und konzentrierte sich auf jene, die auch über eigene Datenbanken verfügen bzw. die Bonitätsauskünfte nicht nur weitervertreiben.⁵ Die Tätigkeiten von Unternehmen, die zwar einzelne Wirtschaftsinformationen liefern (oder solche Informationen bearbeiten), aber keine Auskunft über die Bonität bzw. Zahlungsfähigkeit einer Person erteilen, wurden gar nicht berücksichtigt (z. B. Business Monitor oder Inkassounternehmen⁶).⁷ Dasselbe gilt für die Zentralstelle für Kreditinformationen (ZEK)⁸ und die Informationsstelle für Konsumkredite (IKO).⁹

Das BJ hat den Schlussbericht von ECOPLAN und niclaw (nachfolgend: "Bericht Ecoplan") am 10. Oktober 2018 erhalten. Zur Bestätigung der Studienergebnisse sowie zur Vertiefung einiger Punkte hat das BJ gemeinsam mit der IDAG beschlossen, die Wirtschaftsauskunfteien Bisnode D&B Schweiz AG, Intrum AG, CRIF AG und Creditreform AG sowie die Fédération romande des consommateurs (FRC) und die Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) im Januar 2019 ergänzend anzuhören.

Der Bericht Ecoplan sowie die ergänzenden Anhörungen bilden eine wichtige Grundlage für die Erläuterungen und Lösungsansätze in diesem Bericht. Der Bericht Ecoplan ist auf der Website des Bundesamts für Justiz abrufbar.¹⁰

⁴ Vgl. Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 2 und 12.

⁵ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 14. Siehe zur Unterscheidung zwischen Wirtschaftsauskunfteien, die selber über eine Bonitätsdatenbank verfügen und jenen, die selber keine Bonitätsdatenbank führen und ihren Kundinnen und Kunden lediglich Bonitätsauskünfte weiterverkaufen Ziff. 2.1.

⁶ Zur Frage, ob eine Regulierung der Praktiken von Inkassounternehmen nötig ist, siehe den Bericht des Bundesrates vom 22. März 2017 in Erfüllung des Postulates Comte 12.3641 "Rahmenbedingungen für die Praktiken von Inkassounternehmen" vom 15. Juni 2012, abrufbar unter: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2017/2017-03-221.html> (Stand: 07.04.2021).

⁷ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 9.

⁸ Die ZEK ein Verein und eine Non-Profit-Organisation, die den Zweck verfolgt, eine Meldezentrale über Kredit-, Leasing- und Kreditkarteninteressenten sowie über Verpflichtungen und Bonitäten von Kreditnehmern, Leasingnehmern und Karteninhabern zu führen. Auf die Datenbank Zugriff haben nur autorisierte Mitglieder der ZEK aus dem Finanzdienstleistungssektor; siehe dazu die Informationen auf der Website der ZEK, abrufbar unter: <https://www.zek.ch/de-ch/uber-uns> (Stand: 07.04.2021).

⁹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 10. Die IKO ist ein Verein, dessen Zweck darin besteht, die Informationsstelle für Konsumkredit im Sinne von Art. 23 des Bundesgesetzes über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (KKG, SR 221.214.1) zu führen. Auf diese Datenbank haben ausschliesslich Kreditgeberinnen Zugriff, die Kredit- und Leasinggeschäfte abschliessen, welche dem KKG unterstehen. Sie dürfen ihre Zugriffsmöglichkeiten allerdings nur insoweit nutzen, als sie die ihnen vorgeschriebenen Pflichten gemäss KKG im Zusammenhang mit der Kreditfähigkeitsprüfung zu erfüllen haben; siehe dazu die Ausführungen auf der Website der IKO, abrufbar unter: <https://www.iko-info.ch/de-ch/uber-uns> (Stand: 07.04.2021).

¹⁰ Der Bericht Ecoplan und niclaw vom 10. Oktober 2018, Analyse zu den Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien, Zuhanden des Bundesamtes für Justiz (zit. Bericht Ecoplan), ist abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Publikationen & Service > Externe Berichte und Gutachten.

2 Grundlagen

2.1 Begriff der Wirtschaftsauskunfteien

Bei Wirtschaftsauskunfteien handelt es sich um privatrechtlich organisierte Unternehmen, welche in der Regel entgeltlich und gewerbsmässig über Privatpersonen und Unternehmen wirtschaftsrelevante Daten sowie Kreditwürdigkeitseinstufungen abgeben.¹¹ Diese Unternehmen sammeln Wirtschaftsdaten und führen oft – in der Regel auf Vorrat – eine Datenbank über die Bonität von natürlichen und/oder juristischen Personen bzw. Personengesellschaften. Dies mit dem Ziel, ihren Kundinnen und Kunden bei Bedarf (meist im Hinblick auf einen möglichen Vertragsschluss) Kreditwürdigkeitseinstufungen zu diesen Personen und Gesellschaften zur Verfügung zu stellen.¹²

Zwei Arten von Wirtschaftsauskunfteien sind gemäss dem Bericht Ecoplan zu unterscheiden: Die erste Kategorie sind die Wirtschaftsauskunfteien, die selber eine Bonitätsdatenbank führen und Auskünfte erstellen (so die CRIF AG, die Creditreform AG, die Bisnode D&B Schweiz AG und die Intrum AG). Diese vier Unternehmen werden vorliegend als Wirtschaftsauskunfteien im engeren Sinne bezeichnet.¹³ Bei der zweiten Kategorie handelt es sich um Wirtschaftsauskunfteien, die selber über keine Bonitätsdatenbank verfügen und ihren Kundinnen und Kunden lediglich Bonitätsauskünfte weiterverkaufen (so bspw. die Easymonitoring AG und die Moneyhouse AG).¹⁴ Sie bieten vor allem Informationen aus dem Handelsregister sowie weitere öffentlich verfügbare Daten an und vertreiben Auskünfte von anderen Wirtschaftsauskunfteien (z.B. der CRIF AG) weiter.¹⁵ Bezeichnet werden diese Unternehmen vorliegend als Wirtschaftsauskunfteien im weiteren Sinne.¹⁶

2.2 Relevanz der Wirtschaftsauskunfteien

Der Bundesrat anerkennt die hohe Relevanz der Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien für die gesamte Schweizer Wirtschaft. An der Durchführung von Kreditwürdigkeitsprüfungen besteht für alle am Wirtschaftsleben beteiligten Personen ein erhebliches Interesse. Bonitätsauskünfte sind insbesondere im Versandhandel von grosser Bedeutung.¹⁷ Sie helfen den Unternehmen einzuschätzen, ob potenzielle Kundinnen bzw. Kunden oder Geschäftspartnerinnen bzw. Geschäftspartner ihren finanziellen Verpflichtungen nachkommen können und wollen. Dies mit dem Ziel, Zahlungsausfälle zu vermeiden oder das Ausfallrisiko besser zu beurteilen. Insbesondere wenn Leistungen im Voraus erbracht werden, haben die Leistungserbringer ein grosses Interesse, die wirtschaftliche Situation ihrer (potenziellen) Vertragspartner zu kennen.¹⁸

Zwar können gewisse wirtschaftliche Informationen den öffentlichen Registern wie insb. dem Handelsregister entnommen werden. Diese Register enthalten jedoch nur begrenzte Informationen über die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse. Auch Betreibungsauskünfte haben teilweise nur beschränkte Aussagekraft, da sie durch Lücken im Betreibungsregister (z.B. infolge eines Umzugs) ein unvollständiges und deshalb falsches Bild vermitteln können.¹⁹ Die Bonitätsdaten der Wirtschaftsauskunfteien können zu einer umfassenderen und genaueren Bonitätsbeurteilung beitragen. Die Nachfrage nach diesen Daten ist gross. Dies zeigt sich

¹¹ Siehe Bericht des Bundesrates vom 4. Juli 2018 in Erfüllung des Postulats Candinas 12.3957 "Dem Schuldner-tourismus einen Riegel schieben" vom 28. September 2012 (zit. Bericht Po. Candinas), S. 14, abrufbar unter: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/2018-07-04.html> (Stand: 07.04.2021).

¹² Vgl. Bericht Po. Candinas (Fn. 11), S. 14.

¹³ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 14, 30.

¹⁴ Siehe zur Unterscheidung dieser zwei Kategorien Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 14 ff.

¹⁵ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 16.

¹⁶ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 14, 16.

¹⁷ Siehe bereits Bericht Po. Candinas (Fn. 11), S. 14.

¹⁸ Vgl. Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 17 f.

¹⁹ Siehe dazu Bericht Candinas (Fn. 11), S. 15 ff., 21.

anhand der grossen Anzahl von Auskünften, welche die Wirtschaftsauskunfteien jährlich erteilen (von einer bis zu 30 Millionen Auskünfte pro Wirtschaftsauskunftei und Jahr).²⁰ Praktisch sämtliche Wirtschaftsbranchen und staatlichen Akteure (wie bspw. die Zollverwaltung oder die Schweizerische Post AG) holen gemäss dem Bericht Ecoplan Bonitätsauskünfte ein.²¹ Nach Angaben der Wirtschaftsauskunfteien handelt es sich um mehr als 70 000 Unternehmen (insb. KMU), die ihre Dienstleistungen in Anspruch nehmen.²² Mit der Zunahme des Online-Handels und des elektronischen Zahlungsverkehrs steigt die Bedeutung solcher Auskünfte – gemäss dem Bericht Ecoplan – noch weiter an, da der Kauf auf Rechnung in der Schweiz beliebt sei.²³

Im Rahmen der ergänzenden Anhörungen betonten die Wirtschaftsauskunfteien, dass ohne ihre Dienstleistungen mehr Forderungsausfälle entstehen würden, wobei die Rechtsverfolgungs- bzw. Insolvenzkosten letztendlich die Konsumentinnen und Konsumenten zu tragen hätten. Ausserdem würden ihre Auskünfte dazu beitragen, zu verhindern, dass bereits insolvente Personen weiterhin Waren gegen Rechnung beschaffen und so zusätzliche Schulden generieren könnten. Sollte die klassische Bonitätsprüfung künftig nicht mehr möglich sein, muss gemäss den Wirtschaftsauskunfteien damit gerechnet werden, dass ihre Kundinnen und Kunden keine Käufe auf Rechnung mehr anbieten würden oder alternative Informationsquellen nutzen müssten, um gegenüber ausländischen Anbietern, welche die Bezahlung auf Rechnung weiterhin zur Verfügung stellen würden, konkurrenzfähig zu bleiben.

2.3 Kritik an den Praktiken der Wirtschaftsauskunfteien

Die Praktiken der Wirtschaftsauskunfteien werden von den Konsumentenschutzorganisationen und in den Medien immer wieder kritisiert, wenn nicht gar als unzulässig erachtet.²⁴ Be-
anstandet wird insbesondere,

- dass die Datenbeschaffung sowie die Methoden zur Bonitätsprüfung der betroffenen Personen nicht transparent seien,
- dass die beschafften Daten teilweise unnötig oder unrichtig seien,
- dass die betroffenen Personen ihre Rechte nur schwer geltend machen könnten,
- dass es für die betroffenen Personen wirtschaftliche Konsequenzen haben könne, wenn Dritten (bzw. ihren potenziellen Vertragspartnern) unrichtige Daten über ihre Bonität bekanntgegeben würden.

Das Postulat enthält ähnliche Kritikpunkte: Kritisiert wird im Wesentlichen die Transparenz bei der Datenbearbeitung und der Bonitätsprüfung, die Art und Weise der Bonitätsberech-

²⁰ Zusammen erteilen die vier grossen Wirtschaftsauskunfteien (CRIF AG, Creditreform AG, Bisnode D&B Schweiz AG und Intrum AG) pro Jahr rund 57 Millionen Auskünfte, Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 20.

²¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 17, 21 ff.

²² Dies berichteten die Wirtschaftsauskunfteien im Rahmen der ergänzenden Anhörungen.

²³ Bericht, Ecoplan (Fn. 10), S. 18.

²⁴ Siehe z. B. den Artikel der FRC vom 20. April 2012 "Bons ou mauvais payeurs: tous fichés!", abrufbar unter: <https://www.frc.ch/bons-ou-mauvais-payeurs-tous-fiches/> (Stand: 07.04.2021); den Beitrag von Kassensturz vom 12. Juni 2018 "Riesenärgern für Konsumenten mit falschen Bonitätsauskünften", abrufbar unter: <https://www.srf.ch/news/schweiz/private-wirtschaftsdatenbanken-riesenaerger-fuer-konsumenten-mit-falschen-bonitaetsauskuenften> (Stand: 07.04.2021); den Artikel der SKS vom 19. Juni 2012 "Täglich massenhaft Verstösse gegen das Datenschutzgesetz", abrufbar unter: <https://www.konsumentenschutz.ch/medienmitteilungen/taglich-massenhaft-verstosse-gegen-das-datenschutzgesetz/> (Stand: 07.04.2021); den Artikel in Le Temps vom 11. Januar 2019 "Ficher les mauvais payeurs? Rien de plus simple en Suisse", abrufbar unter: <https://www.letemps.ch/economie/ficher-mauvais-payeurs-rien-plus-simple-suisse> (Stand: 07.04.2021); sowie den Artikel in Le Matin Dimanche vom 23. November 2019 "Ces firmes qui nous disent insolubles mais se fichent de leurs erreurs", abrufbar unter: <https://www.24heures.ch/lematindimanche/accueil/firmes-disent-insolubles-fichent-erreurs/story/23128562> (Stand: 07.04.2021).

nung, die Richtigkeit bzw. Fehlerhaftigkeit der Daten, die Folgen der Datenbekanntgabe, der Zugang zu den eigenen Daten sowie die Möglichkeit zu deren Berichtigung.²⁵

Aus dem Bericht Ecoplan geht hervor, dass die SKS und die FRC zusammen jährlich rund dreissig Meldungen von Konsumentinnen und Konsumenten wegen Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien erhalten. Beim EDÖB seien es rund 100–160 Meldungen pro Jahr.²⁶ Es würden sich ausschliesslich natürliche Personen melden. Auch dem sgv liegen gemäss dem Bericht Ecoplan keine Meldungen von juristischen Personen oder Personengesellschaften vor.²⁷ Generell sei die Anzahl der Meldungen über die letzten Jahre konstant geblieben. Eine Zunahme sei zu verzeichnen, wenn das Thema an Aktualität gewinne bzw. in den Medien thematisiert werde.²⁸

Ausgelöst werden die Meldungen nach Auskunft der Konsumentenschutzorganisationen meist dadurch, dass die Konsumentinnen und Konsumenten einen Kauf (z. B. eine Online-Bestellung) tätigen möchten, aber diesen gar nicht oder nur gegen Vorauszahlung durchführen können.²⁹ Häufig würden sich die betroffenen Personen – wenn überhaupt – erst durch solche Ereignisse bewusst, dass Wirtschaftsauskunfteien existierten und diese Daten über sie gesammelt hätten.³⁰ Die Konsumentinnen und Konsumenten beanstanden gemäss Auskunft der Organisationen, dass sie nicht über die Erfassung ihrer persönlichen Daten in Kenntnis gesetzt worden seien.³¹ Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), welche entsprechende Informationen enthalten, würden die betroffenen Personen in der Praxis nur selten lesen.³² Ihnen sei teilweise auch nicht klar, welche Daten erfasst und wie lange sie aufbewahrt würden und wie die Daten eingesehen, berichtigt oder gelöscht werden könnten.³³

Nebst der fehlenden Transparenz beanstanden die Konsumentinnen und Konsumenten gemäss den befragten Organisationen vor allem auch nicht korrekte Bonitätsauskünfte. Des Weiteren sei für sie nicht ersichtlich, wie ihre Bonität berechnet werde. Auch würden sie um Rat suchen, um zu erfahren, wie bei einem Auskunftsbegehren vorzugehen sei.³⁴ Im Rahmen der ergänzenden Anhörungen brachten die Konsumentenschutzorganisationen überdies vor, dass eine regelmässige Überprüfung der Datenrichtigkeit fehle. Sie beanstanden, dass so zwischen dem Zeitpunkt, in dem die Bonitätsdaten an die Kundinnen bzw. Kunden der Wirtschaftsauskunfteien übermittelt würden, und dem Zeitpunkt, in dem sich die negativen Auswirkungen einer schlechten und allenfalls fehlerhaften Bonitätsbewertung bemerkbar machten, viel Zeit verstreichen könne. Allerdings geht aus dem Bericht Ecoplan hervor, dass die Wirtschaftsauskunfteien – auch nach Ansicht der Konsumentenschutzorganisationen – gestellte Auskunfts-, Berichtigungs- und Lösungsbegehren der betroffenen Personen grundsätzlich in zufriedenstellender Weise bearbeiten.³⁵

Im Weiteren betonten die Konsumentenschutzorganisationen im Rahmen der ergänzenden Anhörungen, dass eine schlechte Bonitätsbewertung nicht dazu führen dürfe, dass die betroffenen Personen den Wirtschaftsauskunfteien Informationen über sich liefern müssten, um die Daten berichtigen zu lassen. Dasselbe gelte, wenn Daten übermittelt werden müssten, um eine schlechte Bewertung zu verhindern. Das Fehlen von Daten führt bei der Bonitätsab-

²⁵ Siehe zu diesen Kritikpunkten den Text des Postulates unter Ziff. 1.1.

²⁶ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 38, 40.

²⁷ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 37.

²⁸ So bspw. als das Urteil Moneyhouse (siehe dazu Ziff. 6.1.3) publiziert wurde, Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 38.

²⁹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 37.

³⁰ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 37.

³¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 37.

³² Ergänzende Anhörungen vom 16. Januar 2019; vgl. auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 41, 54.

³³ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 37 f.

³⁴ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 38.

³⁵ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 38, 54, 68.

frage zu einer Fehlermeldung, die mit negativen Auswirkungen verbunden sein kann (Ziff. 3.6).

Die Praktiken von Wirtschaftsauskunfteien haben auch den EDÖB beschäftigt, der in diesem Bereich bereits mehrmals interveniert hat (Ziff. 6.1.3).

2.4 Die Marktverhältnisse

Aus dem Bericht Ecoplan geht hervor, dass in der Schweiz sieben Unternehmen im Bereich der Bonitätsauskünfte tätig sind bzw. Bonitätsauskünfte erstellen und/oder solche weitervertreiben.³⁶ Vier davon (bzw. die Wirtschaftsauskunfteien im engeren Sinne: CRIF AG, Creditreform AG, Bisnode D&B Schweiz AG und Intrum AG) bereiten die wirtschaftsrelevanten Daten selber auf und erstellen aus diesen die Angaben zur Zahlungsfähigkeit.³⁷ Zusammen bedienen diese vier Unternehmen fast 50 000 Kundinnen bzw. Kunden, in der Regel Unternehmen aus verschiedenen Branchen.³⁸ Zu den Hauptkunden zählen die Finanzdienstleistenden, Online-Händlerinnen und -Händler und Telekom anbietende, aber auch Unternehmen der Logistik, der Gastronomie, der Baubranche, Gesundheitsdienstleistende oder die öffentliche Hand.³⁹ Ein weiterer, kleinerer Akteur ist die Wys Muller Wirtschaftsauskünfte AG. Diese Agentur erstellt massgeschneiderte Berichte auf spezifische Anfragen hin.⁴⁰

Die zweite Kategorie von Wirtschaftsauskunfteien (bzw. die Wirtschaftsauskunfteien im weiteren Sinne, bspw. die Easymonitoring AG und die Moneyhouse AG) verfügen gemäss dem Bericht Ecoplan nicht über eine eigene Datenbank und vertreiben vor allem öffentlich verfügbare Daten und Auskünfte von anderen Wirtschaftsauskunfteien weiter.⁴¹ Ihre Kundschaft besteht vorwiegend aus kleinen und mittleren Unternehmen (KMU).⁴²

Aus dem Bericht Ecoplan geht auch hervor, dass der Markt der Bonitätsauskünfte in den letzten zwei Jahrzehnten stark gewachsen ist, was hauptsächlich auf die grosse Zunahme des Online-Handels zurückzuführen sei.⁴³ Täglich würden mehrere tausend, pro Jahr rund 57 Millionen meist automatisierte Abfragen bearbeitet.⁴⁴ Im Rahmen der ergänzenden Anhörungen sprachen die Wirtschaftsauskunfteien sogar von über 70 Millionen erteilten Bonitätsauskünften pro Jahr. Der Jahresumsatz der vier grossen Schweizer Wirtschaftsauskunfteien beläuft sich gemäss dem Bericht Ecoplan auf rund 100 Millionen Franken.⁴⁵ Es sei nicht möglich, den genauen Umsatz der übrigen Wirtschaftsauskunfteien (bzw. jener im weiteren Sinne) zu ermitteln. Doch er dürfte nicht so hoch ausfallen wie derjenige der Wirtschaftsauskunfteien mit eigener Bonitätsdatenbank.⁴⁶ Die Wirtschaftsauskunfteien gehen gemäss dem Bericht Ecoplan von einem weiteren stabilen jährlichen Umsatzwachstum von drei bis fünf Prozent aus.⁴⁷ Allerdings betonten die Wirtschaftsauskunfteien im Rahmen der ergänzenden Anhörungen, dass in der Schweiz keine neuen Akteure erwartet würden. Vielmehr hätte es in den letzten Jahren bei den Wirtschaftsauskunfteien eine Konsolidierung gegeben. So hat etwa die CRIF AG schrittweise andere Anbieter von Wirtschaftsinformationen (z.B. Orell Füssli Wirtschaftsinformationen oder OFWI Teledata) übernommen.

³⁶ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 14.

³⁷ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 2, 14; siehe auch Ziff. 2.1.

³⁸ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 2, vgl. auch S. 22.

³⁹ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 2, 22 f.

⁴⁰ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 2, 15.

⁴¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 14, 16.

⁴² Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 2, 23.

⁴³ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 2, 18.

⁴⁴ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 2, 23.

⁴⁵ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 2, 19, 23.

⁴⁶ Vgl. Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 19.

⁴⁷ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 21.

3 Das Geschäftsmodell der Wirtschaftsauskunfteien

3.1 Art und Inhalt der Bonitätsauskünfte

Der Bericht Ecoplan hält fest, dass sich der Detaillierungsgrad der erteilten Auskünfte je nach Bedürfnis der nachfragenden Kundengruppe unterscheidet. In der Finanzbranche seien (z. B. zur Prüfung von Kreditanträgen) detaillierte Informationen gefragt (in der Regel der exakte Score-Wert [Ziff. 3.5] sowie weitere bonitätsrelevante Informationen). Dagegen würden im Online-Handel meist stark verdichtete Informationen ausreichen. Dort kämen typischerweise Ampelsysteme zum Einsatz, die "grün" zeigen, wenn keine negativen Informationen vorliegen, "gelb", wenn gewisse negative Informationen vorhanden sind, und "rot", wenn die Bonität verschlechtert ist.⁴⁸ Die Ampelsysteme ermöglichen den Kundinnen bzw. Kunden gemäss dem Bericht Ecoplan eine rasche Entscheidung, insbesondere bezüglich des Angebots der geeigneten Zahlungsmittel.⁴⁹ So könne ein Verkäufer eine Bestellung auf Rechnung verweigern, wenn die Bonität der Käuferin oder des Käufers nicht genüge.⁵⁰ Die CRIF AG bietet seit Kurzem (zusätzlich zu den Bonitätsauskünften für Unternehmen) die Dienstleistung "myCRIFdata" an. Diese ermöglicht den Abonentinnen und Abonenten, ihre eigenen Daten einzusehen und zu verwalten.⁵¹

Im Rahmen der ergänzenden Anhörungen betonten die Wirtschaftsauskunfteien, es seien die direkten Vertragspartner der Leistungsnachfrager, die endgültig darüber entscheiden, ob und mit welchen Zahlungsmodalitäten (Lieferung auf Rechnung, Zahlung in bar, mit Kreditkarte oder im Voraus) ein Vertragsverhältnis eingegangen wird.⁵² Die Wirtschaftsauskunfteien würden ihren Kundinnen und Kunden mit den Bonitätsauskünften lediglich Entscheidungshilfen zur Verfügung stellen. Die Kundinnen und Kunden würden alsdann oft über ein eigenes Bewertungssystem verfügen und die von den Wirtschaftsauskunfteien übermittelten Daten nur als Eingabeparameter verwenden.

3.2 Vergütung der Auskünfte

Bei den vier grossen Wirtschaftsauskunfteien richtet sich der Preis für die Bonitätsauskünfte gemäss dem Bericht Ecoplan nach der Bezugshäufigkeit, nach dem Kaufvolumen des zu prüfenden Geschäfts sowie nach dem Nutzen für die Kundinnen und Kunden.⁵³ Häufig würden die Kundinnen und Kunden eine ungefähre Anzahl Abfragen pro Jahr vereinbaren und für diese einen Pauschalpreis bezahlen. Es würden aber auch Modelle angeboten, bei denen pro Auskunft bezahlt wird.⁵⁴

3.3 Art der bearbeiteten Personendaten

Aus dem Bericht Ecoplan geht hervor, dass fast alle Wirtschaftsauskunfteien sowohl Daten zu natürlichen als auch zu juristischen Personen⁵⁵ beschaffen und über eine grosse Anzahl

⁴⁸ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 25.

⁴⁹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 25 f.

⁵⁰ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 26.

⁵¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 26.

⁵² Vgl. auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 34.

⁵³ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 19.

⁵⁴ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 19.

⁵⁵ Teilweise werden auch Daten zu natürlichen und solche zu juristischen Personen untereinander verknüpft. So ist bspw. bei einer Auskunft zu einer natürlichen Person auch ersichtlich, ob diese Person schon in Firmenkonkurse involviert war; Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 28.

dieser Daten verfügen.⁵⁶ Sie erheben Daten zu allen Unternehmen mit Eintrag im Handelsregister und teilweise auch zu solchen ohne Handelsregistereintrag.⁵⁷

Die erhobenen Daten stammen aus verschiedenen Quellen⁵⁸ und lassen sich gemäss dem Bericht Ecoplan und den ergänzenden Anhörungen in zwei Kategorien unterteilen: Basisdaten zur Identifikation der betroffenen Personen und Daten zur Einschätzung von deren Bonität.⁵⁹ *Zur Identifikation* von natürlichen Personen würden Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnadresse, z. T. auch Telefonnummern und E-Mail-Adressen, Daten zu Beruf, Zivilstand, Geschlecht und Heimatort erhoben. Diese Basisdaten werden gemäss Bericht Ecoplan teilweise von Adresshändlern, teilweise aus öffentlich zugänglichen Registern (wie z.B. Swisscom Directories) oder von Einwohnerämtern und bei Einzelfirmen aus dem Handelsregister bezogen. In geringem Umfang finde zudem ein Informationsaustausch unter den Wirtschaftsauskunfteien statt.⁶⁰ Zur Identifikation von juristischen Personen werde die vom Bundesamt für Statistik zugeteilte Unternehmens-Identifikationsnummer (UID) verwendet. Zudem könnten die Wirtschaftsauskunfteien oft auch auf eindeutige Identifikationsnummern zurückgreifen, die die Wirtschaftsauskunfteien selbst vergeben und in ihren Datenbanken führen. Weitere Merkmale, die zur Identifikation juristischer Personen dienen, seien Name, Sitz, Gründungsdatum, Rechtsform, frühere Adressen oder der Branchencode (NOGA).⁶¹ *Zur Einschätzung der Bonität* der betroffenen Personen beschaffen die Wirtschaftsauskunfteien vor allem Informationen über die Zahlungserfahrungen. Diese basieren – je nach Auskunftei – auf Daten einer eigenen oder fremden Inkassotätigkeit (z.B. zu Betreibungen, Konkursverfahren und ausstehenden Verlustscheinen) oder auf (positiven und negativen) Erfahrungen der Kundinnen und Kunden bzw. Mitglieder der Wirtschaftsauskunfteien (z.B. wiederholte Mahnungen).⁶² Zu natürlichen Personen holen die Wirtschaftsauskunfteien gemäss dem Bericht Ecoplan – bei Vorlegen eines Interessennachweises – auch Betreibungsregistrauskünfte ein.⁶³ Nicht verwendet werden gemäss den Wirtschaftsauskunfteien Daten zu Lohn, Zivilstand oder Personendaten aus sozialen Netzwerken.⁶⁴ Auch erklärten die Wirtschaftsauskunfteien, keine Persönlichkeitsprofile zu erstellen und keine besonders schützenswerten Daten (wie bspw. zur Gesundheit oder zur politischen Gesinnung) zu bearbeiten.⁶⁵ Verwendet werden allerdings gemäss dem Bericht Ecoplan teilweise (bzw. gemäss der Angabe von einer Auskunftei) Daten zu Geschlecht und Wohnlage (vgl. dazu Ziff. 3.5 und 5).⁶⁶ Für die Beschaffung von Daten zu juristischen Personen würden zusätzlich dem Handelsregister und dem Handelsamtsblatt öffentlich zugängliche Informationen entnommen sowie teilweise auch Interviews mit den Unternehmen geführt. Gewisse Wirtschaftsauskunfteien verwerten gemäss dem Bericht Ecoplan auch Informationen aus Geschäftsberichten oder aus der Tagespresse.⁶⁷

⁵⁶ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 28. Gemäss den Informationen der Wirtschaftsauskunfteien verfügt eine Wirtschaftsauskunftei über Daten von rund 6 Mio. natürlichen Personen, eine andere Wirtschaftsauskunftei über Daten von rund 95% der wirtschaftlich aktiven Schweizer Bevölkerung und eine dritte Wirtschaftsauskunftei über Daten von 85-90% der Schweizer Bevölkerung, die über 18 Jahre alt ist; Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 28, Fn. 36.

⁵⁷ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 28.

⁵⁸ Siehe bereits Bericht Po. Candinas (Fn. 11), S. 14.

⁵⁹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 28.

⁶⁰ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 29; ergänzende Anhörungen.

⁶¹ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 29.

⁶² Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 29 f.; ergänzende Anhörungen.

⁶³ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 30; siehe auch Bericht Po. Candinas (Fn. 11), S. 14.

⁶⁴ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 30.

⁶⁵ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 4, 50, 52, 64.

⁶⁶ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 30, 33.

⁶⁷ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 30.

3.4 Dauer der Aufbewahrung der Personendaten

Die Wirtschaftsauskunfteien betonten gemäss dem Bericht Ecoplan, dass Daten, die nicht mehr aktuell sind, entsprechend weniger stark in die Einschätzung der Bonität einfließen oder gar aus der Datenbank entfernt würden.⁶⁸ Die Bonitätsdaten würden in der Regel aus den Datenbanken gelöscht, wenn sie für die Einschätzung der Bonität nicht mehr relevant seien.⁶⁹

3.5 Berechnung des Score-Werts

Alle Wirtschaftsauskunfteien berechnen gemäss dem Bericht Ecoplan einen sogenannten Score-Wert, d.h., eine absolute Zahl, die umso höher ist, je besser die Bonität einer betroffenen Person ausfällt. Dieser Wert werde bei natürlichen und juristischen Person im Wesentlichen durch die erfassten Zahlungserfahrungen bestimmt.⁷⁰ Teilweise (bzw. gemäss der Angabe von einer Auskunftei) würden zur Konkretisierung des Scores – basierend auf statistischen Wahrscheinlichkeiten – auch persönliche Merkmale wie Geschlecht oder Wohngegend berücksichtigt.⁷¹ Der Score-Wert werde in der Regel anhand von Regressionsmodellen berechnet, die auf statistischen Wahrscheinlichkeiten eines Zahlungsausfalls basierten.⁷² Damit die Kundinnen bzw. Kunden den Score-Wert einordnen können, stellen die Wirtschaftsauskunfteien – gemäss dem Bericht Ecoplan – je nach Bedarf unterschiedliche Entscheidungshilfen (wie z.B. ein Ampelsystem) zur Verfügung.⁷³

Aus Sicht der Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan ist für die betroffenen Personen nicht nachvollziehbar, wie (bzw. unter Verwendung welcher Daten und nach welchen Gewichtungen) der Score-Wert berechnet wird.⁷⁴ Indem die Score-Wert-Berechnungen der Wirtschaftsauskunfteien unterschiedlich sind, werde die Nachvollziehbarkeit zusätzlich erschwert.⁷⁵ Die Formel zur Berechnung des Score-Werts stelle allerdings den Kern des Geschäftsmodells und daher ein Geschäftsgeheimnis dar.⁷⁶

Bei den ergänzenden Anhörungen hielten die Wirtschaftsauskunfteien in technischer Hinsicht fest, dass der Score-Wert anhand von weltweit anerkannten statistischen Methoden festgelegt werde. Dennoch könne dieser Wert stark variieren und hänge auch von den Praktiken des jeweiligen Unternehmens ab. Nach Angaben der Wirtschaftsauskunfteien erhalten 15 Prozent der betroffenen Personen die höchste Bonitätsbewertung, 70 Prozent eine durchschnittliche und nur 15 Prozent eine tiefe. Eine Wirtschaftsauskunftei gab an, dass sogar 90 Prozent der betroffenen Personen den höchsten Score-Wert erhalten würden. Im Weiteren hielten die Wirtschaftsauskunfteien fest, dass sie und ihre Kundinnen bzw. Kunden ein gemeinsames Interesse daran hätten, genaue Auskünfte zu liefern bzw. zu erhalten, um ihr jeweiliges Geschäft erfolgreich zu betreiben.⁷⁷

3.6 Good Practice und Umgang mit Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsbegehren

Um die Einhaltung des Datenschutzgesetzes sicherzustellen, haben die vier grossen Wirtschaftsauskunfteien – nach eigenen Angaben – Datenschutzberater angestellt.⁷⁸ Im

⁶⁸ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 32, 50.

⁶⁹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 50.

⁷⁰ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 33.

⁷¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 30, 33. Zur Problematik dieser Merkmale bei der Berechnung des Score-Wertes siehe Ziff. 5.

⁷² Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 33 f.

⁷³ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 34.

⁷⁴ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 4, 51, 65.

⁷⁵ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 51, 65.

⁷⁶ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 33, 51, 65.

⁷⁷ Vgl. auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 32.

⁷⁸ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 35, 54.

Weiteren verfügen die Wirtschaftsauskunfteien gemäss dem Bericht Ecoplan über verschiedene interne Schulungen, Vorschriften für Mitarbeitende (wie einen Code of Conduct), Vertraulichkeitserklärungen, Ethikkommissionen und neutrale Anlaufstellen für Whistleblowerinnen und Whistleblower. Nicht genannt worden seien von den Wirtschaftsauskunfteien Monitoringsysteme zur Prüfung, ob ihre Kundinnen bzw. Kunden die rechtlichen Bestimmungen einhalten würden.⁷⁹ Teilweise prüfen die Wirtschaftsauskunfteien gemäss dem Bericht Ecoplan stichprobenweise, ob ihre Kundinnen bzw. Kunden beim Bezug der Bonitätsauskünfte tatsächlich einen Interessensnachweis vorlegen können.⁸⁰ Die Wirtschaftsauskunfteien dürfen Dritten nach Artikel 13 Absatz 2 Bst. c DSGVO nur Daten zur Kreditwürdigkeit bekanntgeben, die sie (bzw. die Dritten) für den Abschluss oder die Abwicklung eines Vertrages mit der betroffenen Person benötigen (Ziff. 6.1.1.1). Die Firmenkunden würden aber bei Vertragsabschluss mit der Wirtschaftsauskunftei bestätigen, dass sie aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit ein berechtigtes Interesse zur Einholung von Bonitätsauskünften hätten.⁸¹

In Bezug auf den Umgang mit Auskunfts-, Berichtigungs- und Lösungsbegehren sind die Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan zum Schluss gelangt, dass die Wirtschaftsauskunfteien diese in Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften bearbeiten.⁸² Auskunftsbegehren würden kostenlos und innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist beantwortet.⁸³ Bei den Berichtigungs- und Lösungsbegehren beschränken sich die Wirtschaftsauskunfteien gemäss dem Bericht darauf, die Daten in ihrer eigenen Datenbank zu löschen. Bei denjenigen, die ihnen die Daten mitgeteilt haben, z. B. bei Inkassounternehmen, seien die Daten demnach auch nach der Löschung noch vorhanden.⁸⁴ Lösungsbegehren würden im Übrigen oft zurückgezogen, wenn die Wirtschaftsauskunfteien die Gesuchstellenden auf die Folgen der Löschung ihrer Daten aus der Bonitätsdatenbank aufmerksam machen.⁸⁵ Ist eine Person nicht in der Datenbank der Wirtschaftsauskunftei registriert, komme es beim Einholen einer Bonitätsauskunft zu einer Fehlermeldung ("Person nicht gefunden").⁸⁶ Eine solche Meldung werde von den Leistungsanbietenden alsdann in der Regel negativ ausgelegt.⁸⁷

4 Zur Datenqualität und Information der betroffenen Personen

4.1 Datenqualität

4.1.1 Fehlerquellen

Die grösste Fehlerquelle bei Bonitätsauskünften liegt gemäss dem Bericht Ecoplan sowie den ergänzenden Anhörungen in der Falschidentifikation der betroffenen Person.⁸⁸ Die Wirtschaftsauskunfteien sind der Ansicht, dass ein eindeutiger und öffentlicher Personenidentifikator das Problem der falschen Zuordnung lösen würde.⁸⁹ Um das Problem zu minimieren, beschaffen die Wirtschaftsauskunfteien nebst Daten zur Identität und der Wohnadresse auch das Geburtsdatum und die Telefonnummer der betroffenen Person.⁹⁰ Die Einträge in den Datenbanken der Wirtschaftsauskunfteien werden – gemäss deren Angaben – mit

⁷⁹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 35.

⁸⁰ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 25, 35, 48 f.

⁸¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 25.

⁸² Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 4, 35 f., 38, 54, 68.

⁸³ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 35, 38, 54.

⁸⁴ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 35.

⁸⁵ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 35.

⁸⁶ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 35 f.

⁸⁷ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 36.

⁸⁸ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 4, 31, 53, 65, 67.

⁸⁹ So die Äusserungen in den ergänzenden Anhörungen; vgl. auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 31.

⁹⁰ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 31, 53.

verschiedenen automatisierten Prozessen laufend aktualisiert, bereinigt, auf ihre Plausibilität hin geprüft und im Zweifelsfall manuell bearbeitet.⁹¹ Fehlerhafte Einträge würden bei entsprechender Berechtigung korrigiert.⁹² Die Wirtschaftsauskunfteien gaben an, ein wirtschaftliches Interesse an einer möglichst guten Datenqualität zu haben.⁹³

4.1.2 Anzahl falscher Auskünfte

Die genaue Anzahl der falschen Auskünfte ist dem Bundesrat nicht bekannt.⁹⁴ Im Rahmen der ergänzenden Anhörungen erklärten die Wirtschaftsauskunfteien, pro Jahr seien in etwa 200 Fälle zu verzeichnen, in denen Zahlungserfahrungen einer falschen Person zugeteilt würden. Dies muss jedoch im Verhältnis zur Anzahl der erteilten Bonitätsauskünfte beurteilt werden.⁹⁵ Hierzu ist im Bericht Ecoplan festgehalten, dass im Vergleich zur Menge der jährlich erteilten Auskünfte wenige Hinweise auf fehlerhafte Daten bestünden bzw. verhältnismässig wenige Meldungen eingehen würden.⁹⁶ Die Autorinnen und Autoren des Berichts gelangen daher zum Schluss, dass der Grundsatz der Richtigkeit von Daten⁹⁷ mehrheitlich erfüllt sei.⁹⁸ Im Weiteren bestätigen die Wirtschaftsauskunfteien in den ergänzenden Anhörungen, dass sie verschiedene Massnahmen (Plausibilitätsprüfung, Datenquality-Team, Datenvergleich usw.) eingeführt hätten, um die Richtigkeit der Daten zu überprüfen und diese allenfalls anzupassen. Die betroffene Person könne bei den Wirtschaftsauskunfteien überdies jederzeit verlangen, dass Personendaten, eine ungerechtfertigte Betreuung oder falsche Zahlungserfahrungen gelöscht würden.⁹⁹ Diesbezüglich erachten es die Verfasserinnen und Verfasser des Berichts Ecoplan allerdings als problematisch, dass die Initiative zur Bereinigung der Daten und somit die Sicherung der Datenqualität zum Teil an die betroffenen Personen ausgelagert werde.¹⁰⁰

4.1.3 Auswirkungen falscher Auskünfte

Falsche oder unvollständige Auskünfte können gemäss dem Bericht Ecoplan sowie den ergänzenden Anhörungen zu einer schlechten Bonitätsbeurteilung und in der Folge dazu führen, dass die betroffenen Personen zu Unrecht keinen Vertrag abschliessen können, keinen Kredit bekommen oder der Vertragsschluss nur mit Vorauszahlung möglich ist.¹⁰¹ In der Praxis müsse die tatsächliche Einschränkung aber relativiert werden.¹⁰² Erstens sei die Anzahl gemeldeter Fälle im Vergleich zur Menge der erteilten Auskünfte gering, wobei eine gewisse Dunkelziffer an Fällen bestehen dürfte, welche nicht gemeldet würden.¹⁰³ Zweitens habe die ungenügende Bonitätseinstufung in der Regel (insb. im Online-Handel) lediglich zu Folge, dass die betroffene Person in der Auswahl der Zahlungsmöglichkeiten eingeschränkt werde (Vorauszahlung statt Kauf auf Rechnung).¹⁰⁴ Im Übrigen handle es sich meist um alltägliche Geschäfte wie Online-Einkäufe und eher selten um äusserst relevante Verträge wie Mietver-

⁹¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 31.

⁹² Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 32; vgl. auch S. 35.

⁹³ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 32.

⁹⁴ Siehe auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 68.

⁹⁵ Siehe zur Anzahl der erteilten Bonitätsauskünfte Ziff. 2.4.

⁹⁶ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 53; siehe zur Anzahl der Meldungen, die bei den Konsumentenschutzorganisationen und dem EDÖB eingehen, Ziff. 2.3.

⁹⁷ Siehe dazu Ziff. 6.1.1.4.

⁹⁸ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 55.

⁹⁹ Siehe auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 35.

¹⁰⁰ Siehe dazu Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 53, vgl. auch S. 65.

¹⁰¹ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 64, 67.

¹⁰² Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 40 f., 64, 67.

¹⁰³ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 40, 64, vgl. auch S. 3, 67.

¹⁰⁴ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, vgl. auch S. 64, 67.

träge.¹⁰⁵ Ausserdem stünden teilweise auch alternative Anbieterinnen und Anbieter zur Verfügung.¹⁰⁶

4.2 Information der betroffenen Personen

Aus dem Bericht Ecoplan sowie den ergänzenden Anhörungen geht hervor, dass die Wirtschaftsauskunfteien die betroffenen Personen nicht direkt über die Datenbeschaffung und die Erteilung der Bonitätsauskünfte informieren. Vielmehr würden sie nach gängiger Praxis ihre Kundinnen und Kunden verpflichten, deren eigenen Kundinnen und Kunden (bzw. den betroffenen Personen) bekanntzugeben, dass sie bei den Wirtschaftsauskunfteien Bonitätsauskünfte einholen.¹⁰⁷ Im Rahmen der ergänzenden Anhörungen äusserten die Wirtschaftsauskunfteien, dass zahlreiche grössere Firmen in ihren AGB oder Datenschutzrichtlinien die Konsumentinnen und Konsumenten darüber informieren, dass sie sich das Recht vorbehalten, bei einer Wirtschaftsauskunftei Informationen über sie einzuholen.¹⁰⁸ Gemäss dem Bericht Ecoplan ist indes nicht klar, ob bzw. wie prominent diese Information tatsächlich in den Geschäftsbedingungen enthalten ist.¹⁰⁹ Dies werde von den Wirtschaftsauskunfteien nicht im Einzelfall geprüft.¹¹⁰ Hinsichtlich der Datenweitergabe würden die Kundinnen und Kunden der Wirtschaftsauskunfteien die betroffenen Personen in ihren AGB informieren, dass sie Daten an Dritte (u.a. an Wirtschaftsauskunfteien) bekanntgeben (können).¹¹¹ Doch selbst wenn die AGB entsprechende Klauseln beinhalten, bleiben die betroffenen Personen oft uninformiert, da sie die AGB selten lesen.¹¹²

Die Konsumentenschutzorganisationen sowie auch die Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan sehen bezüglich der Beschaffung und Bekanntgabe der Daten ein Transparenzdefizit (Ziff. 5).¹¹³ Die Wirtschaftsauskunfteien gehen demgegenüber davon aus, dass die betroffenen Personen hinreichend informiert würden und diesbezüglich kein Handlungsbedarf bestehe.¹¹⁴ Sie erachten allerdings die Selbstregulierung als mögliche Massnahme, um die Situation zu verbessern.¹¹⁵ Entsprechend haben sie am 21. April 2020 einen Verhaltenskodex vereinbart (Ziff. 6.2).

5 Zwischenfazit

Zusammenfassend hält der Bericht Ecoplan fest, dass die Lage weniger problematisch sei, als dies im Postulat Schwaab dargestellt werde.¹¹⁶ Die Wirtschaftsauskunfteien würden sich zur Beurteilung der Bonität vor allem auf Zahlungserfahrungen abstützen und Daten erheben, die sie zur Personenidentifikation benötigen. Fehlerhafte Daten scheinen im Vergleich zur Menge der jährlich erteilten Auskünfte der Wirtschaftsauskunfteien nur wenige vorzuliegen. Ausserdem sind die Folgen falscher Bonitätsauskünfte gemäss dem Bericht Ecoplan zu relativieren: Eine ungenügende Bonitätseinstufung führe in der Regel lediglich dazu, dass die

¹⁰⁵ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 40 f., vgl. auch S. 67.

¹⁰⁶ Ergänzende Anhörungen.

¹⁰⁷ Vgl. Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 31, 49, 65.

¹⁰⁸ Vgl. auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 31, 49, 65.

¹⁰⁹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 31; vgl. aber auch S. 54, 65, wo davon ausgegangen wird, dass die AGB eine entsprechende Information beinhalten.

¹¹⁰ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 31.

¹¹¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 30, 49, 54, 65. Im Weiteren werde der betroffenen Person auch bei Eröffnung eines Inkassofalls (Übergabe einer Forderung z.B. eines Online-Shops an ein Inkasso-Unternehmen) mitgeteilt, dass dies mit einer Information an eine Wirtschaftsauskunftei verbunden sei, Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 30. Im Rahmen der ergänzenden Anhörungen äusserten die Wirtschaftsauskunfteien überdies, dass ihre Kundinnen und Kunden die betroffenen Personen z.B. auch nach mehrmaliger Mahnung darüber informieren, dass sie den Wirtschaftsauskunfteien diese Zahlungserfahrungen weitergeben.

¹¹² Vgl. Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 54, 65.

¹¹³ Ergänzende Anhörungen. Siehe auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 36 ff, 49 f.; 54, 65.

¹¹⁴ Ergänzende Anhörungen. Siehe auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 49.

¹¹⁵ Ergänzende Anhörungen.

¹¹⁶ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 67 f.

betroffene Person in der Auswahl der Zahlungsmöglichkeiten eingeschränkt werde (Vorauszahlung statt Kauf auf Rechnung). Die Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsbegehren würden rechtmässig geprüft und bearbeitet. Überdies entsprächen die im Postulat aufgeführten Kritikpunkte teilweise nicht der Realität, so bspw. betreffend die Verwendung unseriöser Bewertungskriterien oder das Verlangen horrender Gebühren.¹¹⁷

Was sich aber gemäss dem Bericht Ecoplan bewahrheitet hat, ist die mangelnde Transparenz: Den betroffenen Personen sei kaum bewusst, dass und welche Daten die Wirtschaftsauskunfteien über sie bearbeiten (bzw. beschaffen und weitergeben) und wie sie ihre Bonität berechnen würden.¹¹⁸ Diesbezüglich sowie in Bezug auf den Grundsatz von Treu und Glauben sehen die Verfasserinnen und Verfasser des Berichts Handlungsbedarf. Sie gelangen im Wesentlichen zum Schluss, dass die Wirtschaftsauskunfteien zu wenig transparent sind, sich die Konsumentinnen und Konsumenten aber auch nicht genügend informieren.¹¹⁹ Die mangelnde Transparenz bei der Datenerhebung sei namentlich darauf zurückzuführen, dass kein direktes Vertragsverhältnis zwischen den Wirtschaftsauskunfteien und den Konsumentinnen und Konsumenten bestehe.¹²⁰ Letztere würden lediglich von ihren Vertragspartnern (d. h. den Kundinnen und Kunden der Wirtschaftsauskunfteien) in den AGB über die Beschaffung und allenfalls auch über die Weitergabe ihrer Bonitätsdaten informiert.¹²¹ Die Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan sind der Ansicht, dass eine solche Information nicht genügt.¹²² Ausserdem sollte den betroffenen Personen bekanntgegeben werden, welche Daten zur Berechnung des Score-Wertes Verwendung finden.¹²³ Es sei erforderlich, Mechanismen zu stärken, welche die effektive Umsetzung der bestehenden Grundsätze (insbesondere des Transparenzgrundsatzes) unterstützen würden.¹²⁴ Allerdings stünden – nebst den Wirtschaftsauskunfteien als Hauptadressaten zur Verbesserung der Transparenz – auch die Konsumentinnen und Konsumenten in der Pflicht, sich beim Abschluss von Rechtsgeschäften über den Umgang mit ihren Daten zu informieren.¹²⁵

Im Weiteren hält der Bericht Ecoplan fest, die mangelnde Transparenz bei der Datenbearbeitung habe für die betroffenen Personen Auswirkungen auf die Geltendmachung ihrer Rechte auf Auskunft, Berichtigung und Löschung.¹²⁶ Haben die betroffenen Personen keine Kenntnis von der Bearbeitung ihrer Daten, so stellen sie auch deren Richtigkeit und Verwendung nicht in Frage und können diese auch nicht kontrollieren.

Gemäss den Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan sollten überdies in Bezug auf die Datenrichtigkeit – insbesondere betreffend die korrekte Zuordnung – kontinuierlich Anstrengungen unternommen werden, um falsche Auskünfte weiter zu reduzieren.¹²⁷

6 Regulatorisches Umfeld der Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien

6.1 Nationaler Rechtsrahmen

Die Wirtschaftsauskunfteien haben sich bei ihren Tätigkeiten insbesondere an die massgebenden gesetzlichen Vorschriften des Datenschutzgesetzes (DSG) und des Bundesgesetzes

¹¹⁷ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 67 f.

¹¹⁸ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 36, 67 f.

¹¹⁹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 65 ff.

¹²⁰ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 65.

¹²¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 65; siehe dazu auch Ziff. 4.2.

¹²² Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 50.

¹²³ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 51.

¹²⁴ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 66; siehe auch Ziff. 7.

¹²⁵ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 4, 67.

¹²⁶ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 54.

¹²⁷ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 53, 55.

gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)¹²⁸ zu halten. Das DSG regelt, welche Vorgaben die Verantwortlichen und damit auch die Wirtschaftsauskunfteien bei der Bearbeitung der Personendaten zu beachten haben. Für die Wirtschaftsauskunfteien gelten jene datenschutzrechtlichen Normen, die auf Private Anwendung finden.¹²⁹ Das UWG bezweckt, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten, und setzt den Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien auch in diesem Rahmen Grenzen.¹³⁰ Spezialgesetzliche Regelungen, welche spezifisch die Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien regeln würden, existieren in der Schweiz nicht.¹³¹

6.1.1 Bundesgesetz über den Datenschutz

Nachfolgend werden die datenschutzrechtlichen Grundsätze dargelegt, die für die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien besonders relevant sind.

6.1.1.1 Rechtmässigkeit der Bearbeitung von Personendaten durch Privatpersonen

Die Artikel 12 und 13 DSG regeln die Rechtmässigkeit der Bearbeitung von Personendaten durch Privatpersonen. Gemäss Artikel 12 Absatz 1 DSG darf die Person, welche Personendaten bearbeitet, die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen.¹³² Artikel 12 Absatz 2 enthält eine nicht abschliessende Liste von Situationen, in denen eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt. Dies ist namentlich der Fall, wenn bei der Bearbeitung von Personendaten die datenschutzrechtlichen Grundsätze nach Artikel 4, 5 Absatz 1 und 7 Absatz 1 DSG¹³³ verletzt werden (Art. 12 Abs. 2 Bst. a). Auch liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die Bearbeitung von Personendaten ohne Rechtfertigungsgrund gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person erfolgt (Abs. 2 Bst. b) oder ohne Rechtfertigungsgrund besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile Dritten bekanntgegeben werden (Abs. 2 Bst. c). Nach Absatz 3 liegt in der Regel keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat. Dies betrifft bspw. öffentlich zugängliche Daten aus dem Handelsregister.

Persönlichkeitsverletzungen sind grundsätzlich widerrechtlich. Die Widerrechtlichkeit entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund nach Artikel 13 Absatz 1 DSG vorliegt. Dementsprechend ist eine Persönlichkeitsverletzung rechtmässig, wenn sie durch Einwilligung der betroffenen Person oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Auch kann das Vorliegen eines überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses eine Verletzung rechtfertigen. Artikel 13 Absatz 2 DSG führt nicht abschliessend Fälle auf, in denen ein überwiegendes Interesse der bearbeitenden Person in Betracht fällt. Gemäss Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe c DSG können private Datenbearbeiterinnen bzw. -bearbeiter ein überwiegendes Interesse geltend machen, wenn sie Daten zur Kreditwürdigkeit einer Person (wie zum Beispiel zu deren Zahlungsverhalten oder Beteiligungen) bearbeiten und dabei gewisse Vorgaben einhalten. Vorausgesetzt ist, dass die Datenbearbeiterin bzw. der Datenbearbeiter weder besonders schützenswerte Personendaten noch Persönlichkeitsprofile bearbeitet und Dritten nur Daten bekannt gibt, die sie für den Abschluss oder die Abwicklung eines Vertrages mit der betroffenen Person benöti-

¹²⁸ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SR 241.

¹²⁹ Neben allgemeinen Regelungen sieht das DSG sowohl für das Bearbeiten von Personendaten durch private Personen (Art. 12-15) als auch für das Bearbeiten von Personendaten durch Bundesorgane (Art. 16-25^{bis}) Sonderregelungen vor.

¹³⁰ Siehe dazu Ziff. 6.1.2.

¹³¹ Siehe auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3 f., 42.

¹³² Siehe dazu DAVID ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. AUTOR, Kommentar DSG), N 1 ff. zu Art. 12.

¹³³ Eine Verletzung dieser Grundsätze liegt vor bei unrechtmässiger Datenbearbeitung, bei einer Datenbearbeitung entgegen Treu und Glauben, bei einer unverhältnismässigen Datenbearbeitung, bei einem Verstoss gegen die Zweckgebundenheit der Datenbearbeitung, bei einem Verstoss gegen das Transparenzgebot, bei einer Bearbeitung von Personendaten ohne gültige Einwilligung, bei einem Verstoss gegen das Richtigkeitsgebot sowie bei einer Verletzung der Datensicherheit.

gen. Diese Bestimmung wurde hauptsächlich für Wirtschaftsauskunfteien geschaffen.¹³⁴ Diese dürfen demnach nicht jeder Kundin bzw. jedem Kunden sämtliche Daten bekanntgeben, die sie gesammelt haben und bearbeiten. Vielmehr haben sie darauf zu achten, dass die Kundin bzw. der Kunde nur auf diejenigen Daten zugreifen kann, die er zur Prüfung der Kreditwürdigkeit im Hinblick auf den beabsichtigten Vertragsschluss oder die Vertragsabwicklung braucht.¹³⁵ Allerdings muss nicht für jede einzelne Kundin bzw. jeden einzelnen Kunden bestimmt werden, welche Daten diese bzw. dieser benötigt. Ausreichend ist, wenn die Wirtschaftsauskunfteien Kategorien bilden, die sie auf die typischen Kundenbedürfnisse abstimmen.¹³⁶

6.1.1.2 Grundsatz von Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit und Zweckbindung

Nach Artikel 4 Absatz 2 DSGVO muss die Bearbeitung der Personendaten nach Treu und Glauben erfolgen und verhältnismässig sein. Demnach sind die Regeln der Datenbearbeitung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben anzuwenden.¹³⁷ Zum Beispiel verstösst gegen diesen Grundsatz, wer Daten in einer Art erhebt, mit welcher die betroffene Person nicht rechnen musste und mit der sie nicht einverstanden gewesen wäre.¹³⁸ Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit müssen die bearbeiteten Daten geeignet und auch erforderlich sein, um den verfolgten Bearbeitungszweck zu erreichen.¹³⁹ Zusätzlich muss der Zweck der Datenbearbeitung zur damit verbundenen Persönlichkeitsbeeinträchtigung in einem vernünftigen Verhältnis stehen ("Zumutbarkeit").¹⁴⁰

Nach Artikel 4 Absatz 3 DSGVO dürfen Personendaten überdies nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Mit diesem Grundsatz soll sichergestellt werden, dass für die betroffenen Personen bereits von Beginn weg ersichtlich ist, zu welchem Zweck die Datenbearbeiterinnen bzw. Datenbearbeiter (und so auch die Wirtschaftsauskunfteien) ihre Daten verwenden. Auch soll eine Zweckentfremdung der Daten verhindert werden.¹⁴¹

6.1.1.3 Grundsatz der Transparenz: Erkennbarkeit, Informationspflicht und Auskunftsrecht

Artikel 4 Absatz 4 DSGVO verlangt, dass die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein müssen. Die Wirtschaftsauskunfteien haben sicherzustellen, dass aus den konkreten Umständen ersichtlich ist, dass und zu welchem Zwecke die Daten bearbeitet werden.¹⁴² Dabei sind die erwähnten Grundsätze der Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben zu beachten.¹⁴³ Je komplexer eine Transaktion ist und je länger die Zeitspanne, während der die Daten infolge dieser Transaktion einer Bearbeitung unterliegen können, desto höher sind die Anforderungen an

¹³⁴ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017 (zit. Botschaft E-DSG), BBl 2017 6941, 7074 f.

¹³⁵ Siehe MARC-FRÉDÉRIC SCHÄFER, Aktuelle Fälle aus der Praxis des EDÖB – Kreditauskunfteien und die Bearbeitung von Bonitätsdaten, in: Epiney/Probst/Gammethaler (Hrsg.), Datenverknüpfung, Problematik und rechtlicher Rahmen, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. SCHÄFER, Aktuelle Fälle), S. 67.

¹³⁶ Siehe MARC-FRÉDÉRIC SCHÄFER, Aktuelle Fälle (Fn. 135), S. 67.

¹³⁷ BRUNO BAERISWYL, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar, Bern 2015 (zit. AUTOR, Handkommentar DSG), N 18 zu Art. 4.

¹³⁸ Siehe die Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 413, 449.

¹³⁹ BRUNO BAERISWYL, Handkommentar DSG (Fn. 137), N 21 zu Art. 4.

¹⁴⁰ URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, in: Maurer-Lambrou/Brecht (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutz- und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. AUTOR, BSK DSG), N 9 und 11 zu Art. 4; vgl. auch BRUNO BAERISWYL, Handkommentar DSG (Fn. 137), N 21 zu Art. 4.

¹⁴¹ Siehe ASTRID EPINEY, § 9 Allgemeine Grundsätze, in: Belser/Epiney/Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 9 Rz. 29.

¹⁴² Vgl. BRUNO BAERISWYL, Handkommentar DSG (Fn. 137), N 49 zu Art. 4 DSG; DAVID ROSENTHAL, Kommentar DSG (Fn. 132), N 51 zu Art. 4.

¹⁴³ Siehe die Botschaft zum DSG vom 19. Februar 2003 (zit. Botschaft DSG 2003), BBl 2003 2101, 2125; vgl. auch URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, BSK DSG (Fn. 140), N 16b zu Art. 4.

die Erkennbarkeit der Beschaffung.¹⁴⁴ Anders als bei Artikel 14 DSGVO begründet die Bestimmung nicht per se eine Informationspflicht.¹⁴⁵ Allerdings kann das Erfordernis der Erkennbarkeit unter Umständen eine ausdrückliche Information erfordern. So etwa, wenn besonders heikle Daten im Spiel sind und der Zweck der Bearbeitung nicht auf Anheb erkennbar ist.¹⁴⁶

Beschafft der Verantwortliche besonders schützenswerte Personendaten oder erstellt er Persönlichkeitsprofile, so unterliegt er der Informationspflicht nach Artikel 14 DSGVO und muss demnach die betroffene Person über die Datenbeschaffung informieren. Diese Pflicht gilt auch dann, wenn die Daten nicht bei der betroffenen Person, sondern bei einem Dritten beschafft werden (Art. 14 Abs. 3 DSGVO). Welche Informationen mindestens mitzuteilen sind, ist in Absatz 2 gesetzlich festgelegt. Absatz 4 regelt die Fälle, in denen die Informationspflicht entfällt.¹⁴⁷ Absatz 5 zählt alsdann mit Verweis auf Artikel 9 Absätze 1 und 4 jene Fälle auf, in welchen zwar eine Informationspflicht besteht, diese aber verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden kann. Die Informationspflicht gilt für Wirtschaftsauskunfteien nach aktueller Rechtslage wohl nur in wenigen Fällen, da sie selten besonders schützenswerte Daten bearbeiten oder Persönlichkeitsprofile erstellen.¹⁴⁸ Dies könnte auch darauf zurückzuführen sein, dass sie sich bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten und Persönlichkeitsprofilen nicht auf den Rechtfertigungsgrund der Kreditwürdigkeitsprüfung (Art. 13 Abs. 2 Bst. c DSGVO e contrario) berufen können (Ziff. 6.1.1.1). Eine persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung müsste alsdann anderweitig gerechtfertigt werden, zum Beispiel durch die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person (Art. 13 Abs. 1 DSGVO).¹⁴⁹ Mit dem revidierten DSGVO wird die Informationspflicht ausgeweitet und auf die Beschaffung aller Personendaten ausgedehnt (Ziff. 6.3.2.1).

Auf Gesuch hin muss die Datenbearbeiterin bzw. der Datenbearbeiter der betroffenen Person nach Artikel 8 Absatz 1 und 2 DSGVO Auskunft darüber erteilen, ob und welche Daten zu welchem Zweck über sie bearbeitet werden. Die Informationen, die mindestens mitzuteilen sind, werden in Absatz 2 aufgelistet. Die Auskunft ist grundsätzlich kostenlos (Abs. 5).

6.1.1.4 Richtigkeit der Daten

Wer Personendaten bearbeitet, muss sich nach Artikel 5 DSGVO über deren Richtigkeit vergewissern. Es sind alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit die Daten berichtigt oder vernichtet werden, die im Hinblick auf den Zweck ihrer Beschaffung oder Bearbeitung unrichtig oder unvollständig sind (Abs. 1). Jede betroffene Person kann verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt werden (Abs. 2). Im Urteil A-4232/2015 in Sachen Moneyhouse (dazu Ziff. 6.1.1.3) hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass an die inhaltliche Qualität und damit auch an die Richtigkeit der bearbeiteten Daten umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je grösser das Risiko einer Persönlichkeitsverletzung ist.¹⁵⁰ Das Gericht verpflichtete in die-

¹⁴⁴ Botschaft DSGVO 2003 (Fn. 143), BBl **2003** 2126.

¹⁴⁵ Siehe DAVID ROSENTHAL, Kommentar DSGVO (Fn. 132), N 51 zu Art. 4; URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, BSK DSGVO (Fn. 140), N 16b zu Art. 4. Soweit Informationspflichten bestehen, ist die Erkennbarkeit nach Artikel 4 Absatz 4 DSGVO subsidiär; BRUNO BAERISWYL, Handkommentar DSGVO (Fn. 137), N 47 zu Art. 4.

¹⁴⁶ DAVID ROSENTHAL, Kommentar DSGVO (Fn. 132), N 51 zu Art. 4.

¹⁴⁷ Dies gilt namentlich dann, wenn die betroffene Person bereits über die entsprechenden Informationen verfügt oder – wenn die Daten bei Dritten beschafft werden – die Informationen einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern würden.

¹⁴⁸ Siehe dazu Bericht EcoPlan (Fn. 10), S. 4, 50, 52, 64, wonach die befragten Wirtschaftsauskunfteien gemäss deren Angaben keine besonders schützenswerten Daten wie bspw. zu Gesundheit, politische Gesinnung, etc. oder Persönlichkeitsprofile bearbeiten würden. Siehe allerdings auch das Urteil des BVerfG A-4232/2015 vom 18. April 2017 in Sachen Moneyhouse, wo u.a. die Bekanntgabe von Persönlichkeitsprofilen gerügt wurde (dazu Ziff. 6.1.3).

¹⁴⁹ Es sind auch Rechtfertigungsgründe möglich, die in Artikel 13 Absatz 1 und 2 DSGVO nicht enthalten sind; die Auflistung der möglichen überwiegenden Interessen des Datenbearbeiters bzw. der Datenbearbeiterin in Absatz 2 ist nicht abschliessend (für ein Beispiel einer Interessenabwägung siehe das Urteil des BVerfG A-4232/2015 vom 18. April 2017, E. 5.4).

¹⁵⁰ Urteil des BVerfG A-4232/2015 vom 18. April 2017, E. 7.1.

sem Urteil die Moneyhouse AG zu einer jährlichen Überprüfung ihres Datenbestands auf dessen Richtigkeit hin im Verhältnis von 5 % zu den auf der Plattform getätigten Abfragen.¹⁵¹

6.1.1.5 Aufsicht und Zertifizierung

Die Wirtschaftsauskunfteien unterstehen der Aufsicht durch den EDÖB. Dieser kann in bestimmten Fällen (Art. 29 Abs. 1 DSG) eine Untersuchung eröffnen und gegebenenfalls eine Empfehlung abgeben (Art. 29 Abs. 3 DSG). Wird seine Empfehlung nicht befolgt, so kann er die Angelegenheit (wie im Fall Moneyhouse¹⁵²) den eidgenössischen Gerichten zum Entscheid vorlegen (Art. 29 Abs. 4 DSG).

Artikel 11 DSG sieht die Möglichkeit einer fakultativen Zertifizierung vor. Namentlich private Personen (und damit auch Wirtschaftsauskunfteien), die Personendaten bearbeiten, können – um den Datenschutz und die Datensicherheit zu verbessern – ihre Systeme, Verfahren und ihre Organisation einer Bewertung durch anerkannte unabhängige Zertifizierungsstellen unterziehen.

6.1.1.6 Rechte der betroffenen Personen und Strafbestimmung

Das DSG räumt den von einer Datenbearbeitung betroffenen Personen verschiedene Ansprüche ein, um deren Persönlichkeitsrechte bzw. Grundrechte zu schützen. Zentral ist das erwähnte Auskunftsrecht der betroffenen Personen über die zu ihrer Person bearbeiteten Daten.¹⁵³ Neben diesem sind im DSG noch weitere Rechtsansprüche der betroffenen Person vorgesehen, so insbesondere das Recht auf Berichtigung unrichtiger Daten (Art. 5 Abs. 2), das Recht auf Sperrung einer widerrechtlichen Datenbearbeitung bzw. einer Datenbekanntgabe sowie das Recht auf Vernichtung widerrechtlich bearbeiteter Personendaten (Art. 15 Abs. 1). Auch steht der betroffenen Person das sogenannte Widerspruchsrecht zu. Sie kann voraussetzungslos verlangen, dass die Bearbeitung ihrer Daten unterlassen wird, ohne hierfür ein besonderes Interesse vorzuweisen.¹⁵⁴

Die Klagen zum Schutz der Persönlichkeit richten sich gemäss Artikel 15 Absatz 1 DSG nach den Artikeln 28, 28a sowie 28I des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB)¹⁵⁵. In diesem Sinne stehen den betroffenen Personen – soweit die Voraussetzungen erfüllt sind – im Weiteren auch Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche zu (Art. 15 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 ff. Obligationenrecht, OR¹⁵⁶).

Mit Strafe bedroht ist die Verletzung von Auskunfts-, Melde- und Mitwirkungspflichten, so insb. auch die Verletzung der Informationspflicht nach Artikel 14 DSG und des Auskunftsrechts nach Artikel 8 DSG (Art. 34 DSG).

6.1.2 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien können auch wettbewerbsrelevant sein und in den Anwendungsbereich des UWG fallen. Beispielsweise kann die Bekanntgabe einer unrichtigen (negativen oder positiven) Bonitätsangabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Bst. a oder b UWG unlauter sein, wenn sie zur Folge hat, dass Abnehmer herabgesetzt oder Anbieter getäuscht werden. So etwa, wenn eine Person fälschlicherweise als beschränkt zahlungsfähig oder mit einem erhöhten Konkursrisiko eingestuft wird.¹⁵⁷ Das UWG gewährt jenen, die in

¹⁵¹ Urteil des BVGer A-4232/2015 vom 18. April 2017, E. 7.3.2; siehe auch Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7074 sowie Ziff. 6.1.3.

¹⁵² Siehe dazu Ziff. 6.1.3.

¹⁵³ Siehe dazu Ziff. 6.1.1.3.

¹⁵⁴ Dies ergibt sich aus Art. 12 Abs. 2 Bst. b DSG; siehe dazu CORRADO RAMPINI, BSK DSG (Fn. 140), N 10 ff. zu Art. 12 DSG.

¹⁵⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907, SR 210.

¹⁵⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30. März 1911, SR 220.

¹⁵⁷ Vgl. auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 46 f.

ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind, Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsansprüche sowie das Recht zu verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird (Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG). Erleidet die betroffene Person einen Schaden, so kann sie überdies nach Massgabe des OR auf Schadenersatz klagen (Art. 9 Abs. 3 UWG). Zudem ist unlauteres Verhalten grösstenteils mit Strafe bedroht (Art. 23 ff. UWG).

6.1.3 Interventionen des EDÖB und Rechtsprechung

Der EDÖB hat im Rahmen seiner Aufsichtsfunktion im Bereich der Kreditauskunfteien bereits mehrfach interveniert. Als Beispiel dient die Empfehlung an die heutige Moneyhouse AG, die schliesslich – nachdem sich die Moneyhouse AG teilweise weigerte, die Empfehlung des EDÖB umzusetzen – zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts führte, das von folgendem Sachverhalt ausgegangen ist: Die Moneyhouse AG bezog als Wirtschaftsauskunftsdienst Daten in elektronischer Form von diversen öffentlichen und privaten Quellen. Die Personendaten wurden auf www.moneyhouse.ch publiziert und dazu verwendet, verschiedene Dienstleistungen anzubieten, insbesondere eine Firmen- und Personensuche. Während dieser Dienst für das Publikum nach erfolgter Registrierung kostenlos war, wurden zusätzlich zahlungspflichtig für sogenannte "Premium User" Bonitäts- und Zahlweiseabonnemente, Details zu Zahlungsstörungen, Betreibungs-, Grundbuch-, Wirtschafts- und Steuerauskünfte sowie Dienstleistungen betreffend Firmenportraits angeboten. Für Zusatzangebote und um auf Daten natürlicher Personen, die nicht im Handelsregister oder in einem elektronischen Telefonverzeichnis eingetragen waren, zuzugreifen, mussten Interessensnachweise erbracht werden.¹⁵⁸ Bezüglich der kostenpflichtigen Premiumabonnemente kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Moneyhouse AG dabei teilweise ein biografisches Bild von Personen erstellte. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass bei dieser Ausgangslage die Bearbeitung eines Persönlichkeitsprofils zu bejahen sei, weshalb der Rechtfertigungsgrund der Kreditprüfung nach Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe c DSGVO nicht zur Anwendung gelange.¹⁵⁹ Für das Bundesverwaltungsgericht war als Rechtfertigungsgrund weder eine gesetzliche Grundlage ersichtlich noch konnte eine ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Personen in die Erstellung eines Persönlichkeitsprofils belegt werden. Schliesslich ergab auch eine gesamthafte Interessenabwägung, dass das Interesse der betroffenen Personen an der Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte überwiegt. Im Ergebnis stellte das Bundesverwaltungsgericht eine rechtswidrige Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen fest und wies die Moneyhouse AG an, für solche Datenbearbeitungen die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Personen einzuholen, andernfalls die entsprechenden Daten insoweit zu löschen seien, als sich Rückschlüsse auf wesentliche Teilaspekte der Persönlichkeit ziehen liessen.¹⁶⁰ Zudem verpflichtete das Gericht die Moneyhouse AG – wie erwähnt¹⁶¹ – zu einer jährlichen Überprüfung ihres Datenbestands auf dessen Richtigkeit hin im Verhältnis von 5 % zu den auf der Plattform getätigten Abfragen.¹⁶²

Im Weiteren hat der EDÖB im Jahr 2008 eine Sachverhaltsabklärung bei einer Wirtschaftsauskunftei durchgeführt, die unter dem Namen "Mietercheck" zugangsberechtigten Personen anbot, online Auskünfte zur Einschätzung von potenziellen Mieterinnen und Mietern einzuho-

¹⁵⁸ Urteil des BVGer A-4232/2015 vom 18. April 2017, Sachverhalt A.a.; siehe auch Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI **2017** 7074.

¹⁵⁹ Urteil des BVGer A-4232/2015 vom 18. April 2017, E. 5.3; siehe auch Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI **2017** 7074.

¹⁶⁰ Urteil des BVGer, A-4232/2015 vom 18. April 2017, E. 5.4 und 5.5, siehe auch Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI **2017** 7074.

¹⁶¹ Siehe Ziff. 6.1.1.4.

¹⁶² Urteil des BVGer, A-4232/2015 vom 18. April 2017, E. 7.3.2; siehe auch Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI **2017** 7074. Die Moneyhouse AG hat gegen dieses Urteil keine Beschwerde erhoben. Bereits im Jahr 2008 hatte das BVGer die Tätigkeiten der Moneyhouse AG (damals noch itonex AG) zu beurteilen; damals ging es um die Bearbeitung von Handelsregisterdaten, siehe das Urteil BVGer A-4086/2007 vom 26. Februar 2008.

len. Damit sollte den Vermieterinnen und Vermietern ermöglicht werden, Mieterangaben zu prüfen und Mietzinsausfälle zu minimieren. Zur Einschätzung der Bonität der betroffenen Personen verwendete Mietercheck einen Score, der nicht nur die Zahlungserfahrungen und die Mobilität der Mieterinnen und Mieter, sondern auch die Zahlungserfahrungen des Umfeldes sowie soziodemographische Daten berücksichtigte. Mietercheck verdichtete die Informationen mit einem Ampelsystem und empfahl je nach Farbe dieser Entscheidungsampel, den Vertrag abzuschliessen (grün), Zusatzabklärungen vorzunehmen (gelb) oder auf den Vertragsschluss zu verzichten (rot). Der EDÖB gelangte u.a. zum Schluss, dass die Bearbeitung der Personendaten nicht rechtskonform war, weshalb er am 16. Dezember 2008 eine Empfehlung erliess.¹⁶³ Anders als im erwähnten Fall Moneyhouse wurde die Empfehlung hinreichend umgesetzt,¹⁶⁴ weshalb der EDÖB den Fall nicht an das Bundesverwaltungsgericht weiterzog.

Als weiteres Beispiel dient das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8028/2008 vom 14. Januar 2009 betreffend eine Kreditauskunftei, die ihren Bonitätsbestand nutzte, um Personalverantwortlichen unter dem Namen "Mitarbeiter-Check" zu ermöglichen, bonitätsrelevante Informationen über potenzielle oder bereits angestellte Mitarbeitende zu beziehen. Der EDÖB beantragte in einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen erfolgreich, dem Unternehmen das Anbieten dieses Dienstes unverzüglich zu verbieten.¹⁶⁵

6.2 Selbstregulierung

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.¹⁶⁶ Die festgelegten Regeln beziehen sich ausschliesslich auf die Bearbeitung von Daten über natürliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz.¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹ Von der Bearbeitung ausgenommen sind gemäss der Vereinbarung unter anderem Informationen zu Religion, Politik, Gesundheit, Intimsphäre, Rassenzugehörigkeit oder über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Ebenso keinen Eingang in die Datenbank finden gemäss dem Verhaltenskodex Daten aus sozialen Netzwerken, Autnummern, Pässen, Identitätskarten, Ausländerausweisen oder Führerscheinen.¹⁷⁰

¹⁶³ Siehe zum Ganzen Ziff. 1.8.4 des 16. Tätigkeitsberichts des EDÖB 2008/2009, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aeltere-berichte/16--taetigkeitsbericht-2008-2009.html>; sowie Ziff. 1.8.5 des 17. Tätigkeitsberichts des EDÖB 2009/2010, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aeltere-berichte/17--taetigkeitsbericht-2009-2010.html> (Stand: 07.04.2021). Siehe auch HANSPETER THÜR, Aktuelle Fragen rund um den Datenschutz, in: Basler Juristenverein (Hrsg.), Basler juristische Mitteilungen (BJM) 5/2010, S. 238 f.

¹⁶⁴ Siehe Ziff. 1.8.5 des 17. Tätigkeitsberichts des EDÖB 2009/2010, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aeltere-berichte/17--taetigkeitsbericht-2009-2010.html> (Stand: 07.04.2021).

¹⁶⁵ Siehe dazu Ziff. 1.7.7 des 17. Tätigkeitsberichts des EDÖB 2009/2010, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aeltere-berichte/17--taetigkeitsbericht-2009-2010.html> (Stand: 07.04.2021); wie auch MARC-FRÉDÉRIC SCHÄFER, Aktuelle Fälle (Fn. 135), S. 61.

¹⁶⁶ Der Verhaltenskodex ist bspw. abrufbar unter: <https://www.creditreform.ch/selbstauskunft/verhaltenskodex-auskunfte.html> (Stand: 07.04.2021).

¹⁶⁷ Ziff. 5 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

¹⁶⁸ Vgl. zum Inhalt des Verhaltenskodex auch Ziff. 8.3 des vorliegenden Berichts.

¹⁶⁹ Siehe Ziff. 7 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

¹⁷⁰ Siehe Ziff. 8 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

Der Verhaltenskodex beruht auf Freiwilligkeit, Selbstregulierung und Selbstkontrolle. Die Einhaltung des Kodex kann durch die betroffenen Personen rechtlich nicht durchgesetzt werden. Allerdings hält der Kodex fest, dass die Wirtschaftsauskunfteien, welche die Vereinbarung unterzeichnen bzw. die Verhaltensregeln übernehmen, ab dem Beitritt zu deren Einhaltung verpflichtet sind.¹⁷¹ Im Weiteren haben die Unternehmen, die den Kodex unterzeichnen, diesen auf ihrer Webseite zu veröffentlichen.¹⁷² Widerrufen die Wirtschaftsauskunfteien die Übernahme der Verhaltensregeln, so dürfen sie nicht mehr auf diese hinweisen.¹⁷³

6.3 Ausblick: Totalrevidiertes Bundesgesetzes über den Datenschutz

Das DSG wurde am 25. September 2020 in totalrevidierter Form verabschiedet (nachfolgend: "nDSG").¹⁷⁴ Das nDSG sowie die Verordnungen treten in Kraft, nachdem die Revision der Verordnungen abgeschlossen ist.

Im Folgenden soll ein Überblick gewährt werden, inwieweit sich die geltende Rechtslage, soweit sie den rechtlichen Rahmen der Wirtschaftsauskunfteien betrifft, mit dem nDSG ändern wird.

Vorbemerkend ist auf drei Änderungen in Bezug auf die Begriffe hinzuweisen: Der Begriff "Persönlichkeitsprofil" wird durch den Begriff "Profiling" ersetzt (Art. 5 Bst. f nDSG). Die beiden Begriffe sind nicht ganz deckungsgleich. Das Persönlichkeitsprofil ist das Ergebnis eines Bearbeitungsprozesses und erfasst damit etwas Statisches. Definiert wird das Persönlichkeitsprofil im DSG als "eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt" (Art. 3 Bst. d). Hingegen umschreibt das Profiling eine bestimmte Datenbearbeitungsmethode, nämlich die automatisierte Bearbeitung der Daten, um bestimmte Merkmale einer Person, wie bspw. ihre wirtschaftlichen Verhältnisse, ihre Gesundheit, ihr Verhalten, ihre Vorlieben, ihren Aufenthaltsort oder ihre Mobilität zu bewerten.¹⁷⁵ Neu eingefügt wird der Begriff "Profiling mit hohem Risiko". In Artikel 5 Buchstabe g des nDSG wird dieser Begriff definiert. Dabei handelt es sich um "Profiling, das ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, indem es zu einer Verknüpfung von Daten führt, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt". Diese Umschreibung entspricht dem heutigen Begriff des Persönlichkeitsprofils in Artikel 3 Bst. d DSG. Demnach liegt ein Profiling mit hohem Risiko dann vor, wenn das Profiling zu einem Persönlichkeitsprofil (nach heutigem Recht) führt.¹⁷⁶ Ferner wird mit dem nDSG der Begriff "Inhaber der Datensammlung" durch "Verantwortlicher" ersetzt.¹⁷⁷

In Bezug auf die Wirtschaftsauskunfteien ist besonders relevant, dass im neuen DSG die Voraussetzungen der Datenbearbeitung bezüglich des Rechtfertigungsgrunds für die Prüfung der Kreditwürdigkeit verschärft werden (Ziff. 6.3.1). Ausserdem enthält das revidierte DSG neue Bestimmungen, welche die Transparenz bei der Bearbeitung von Personendaten (Ziff. 6.3.2), die Kontrollmöglichkeiten der betroffenen Personen (Ziff. 6.3.3) sowie die Aufsicht durch den EDÖB verbessern (6.3.4) und die strafrechtlichen Normen ausbauen (6.3.5). Auch werden die Mechanismen zur Prävention im Bereich des Datenschutzes gestärkt und die Selbstregulierung gefördert (6.3.6).

¹⁷¹ Siehe Ziff. 6 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

¹⁷² Siehe Ziff. 6 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

¹⁷³ Siehe Ziff. 6 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

¹⁷⁴ Vgl. BBI **2020** 7639 ff.

¹⁷⁵ Vgl. auch Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI **2017** 7021 f.

¹⁷⁶ Siehe z.B. das Votum von Bundesrätin Karin Keller-Sutter im Nationalratsplenum am 17.09.2020, AB **2020** N 1599.

¹⁷⁷ Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI **2017** 7023.

6.3.1 Verschärfte Voraussetzungen bezüglich des Rechtfertigungsgrunds für die Prüfung der Kreditwürdigkeit

Bei der Bearbeitung von Personendaten zur Prüfung der Kreditwürdigkeit müssen nun vier Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Prüfung als überwiegendes Interesse im Sinne eines Rechtfertigungsgrundes gelten kann (Art. 31 Abs. 2 Bst. c Ziff. 1-4 nDSG).¹⁷⁸ Die erste Voraussetzung (Ziff. 1) erfordert, dass die Bearbeitung weder besonders schützenswerte Daten betrifft noch ein Profiling mit hohem Risiko darstellt. Inhaltlich entspricht die Voraussetzung dem Schutzniveau des geltenden Rechts.¹⁷⁹ Die zweite Voraussetzung (Ziff. 2) betrifft die Bekanntgabe von Personendaten an Dritte und wurde aus dem geltenden Recht übernommen.¹⁸⁰ Die dritte und vierte Voraussetzung für die Datenbearbeitung zur Prüfung der Kreditwürdigkeit sind neu. Ziffer 3 setzt voraus, dass die Personendaten nicht mehr als zehn Jahre alt sein dürfen. Von dieser Verschärfung erwartet der Bundesrat eine Verbesserung der Datenqualität bzw. Datenrichtigkeit, indem die Daten an Aktualität gewinnen sollen.¹⁸¹ Ziffer 4 setzt voraus, dass die betroffene Person volljährig ist. Damit soll ein besserer Schutz von Minderjährigen erzielt werden.¹⁸²

6.3.2 Verbesserung der Transparenz bei der Bearbeitung von Personendaten

6.3.2.1 Ausweitung der Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten

Die Verbesserung der Transparenz bei der Bearbeitung von Personendaten erfolgt insbesondere durch eine Ausweitung der Informationspflicht bei der Datenbeschaffung. Diese Pflicht trifft die privaten Verantwortlichen nach Artikel 19 nDSG neu bei jeglicher Beschaffung von Personendaten, auch wenn diese weder besonders schützenswert sind noch zu einem Persönlichkeitsprofil führen bzw. deren Bearbeitung Profiling (mit hohem Risiko) darstellt. Die Informationspflicht gilt weiterhin auch dann, wenn die Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft werden (Abs. 1).¹⁸³ Der Verantwortliche hat der betroffenen Person bei der Datenbeschaffung all jene Informationen mitzuteilen, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach dem nDSG (vgl. Ziff. 6.3.3) geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist. Mitteilen muss der Verantwortliche mindestens seine Identität und Kontaktdaten, den Bearbeitungszweck sowie gegebenenfalls die Empfängerinnen und Empfänger oder die Kategorien von Empfängerinnen und Empfängern, denen Personendaten bekanntgegeben werden (Abs. 2). Werden die Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft (wie dies in der Praxis der Wirtschaftsauskunfteien üblich ist), so teilt er ihr zudem die Kategorien der bearbeiteten Personendaten mit (Abs. 3). Der Verantwortliche hat bei der Auskunftserteilung gewisse Fristen einzuhalten. Erfolgt die Datenbeschaffung bei der betroffenen Person, ist sie in diesem Zeitpunkt zu informieren (vgl. Abs. 2). Werden die Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft, so muss der Verantwortliche ihr die erforderlichen Informationen spätestens einen Monat, nachdem er die Daten erhalten hat, mitteilen. Gibt der Verantwortliche die Personendaten vor Ablauf dieser Frist Dritten bekannt, so informiert er die betroffene Person spätestens im Zeitpunkt der Bekanntgabe (Abs. 5).

Auf welche Weise die Information erfolgen muss, legt das DSG auch nach seiner Revision nicht fest.¹⁸⁴ Der Verantwortliche muss aber sicherstellen, dass die betroffene Person die Information tatsächlich zur Kenntnis nehmen kann.¹⁸⁵ Sicherzustellen ist damit die Möglich-

¹⁷⁸ Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7075.

¹⁷⁹ Vgl. z.B. das Votum von Bundesrätin Karin Keller-Sutter im Nationalratsplenum am 17.09.2020, AB 2020 N 1599.

¹⁸⁰ Wie erwähnt (Ziff. 6.1.1.1), setzt eine Bekanntgabe der Daten an Dritte voraus, dass die Dritten die Daten für den Abschluss oder die Abwicklung eines Vertrages mit der betroffenen Person benötigen.

¹⁸¹ Siehe Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7075.

¹⁸² Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7075.

¹⁸³ Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7050 f.

¹⁸⁴ Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7050.

¹⁸⁵ Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7050.

keit, sich in einfach zugänglicher Weise zu informieren, nicht aber, dass sich die betroffene Person im konkreten Fall wirklich informiert. Unter welchen Umständen diese Möglichkeit, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, vorliegt, hängt im Wesentlichen davon ab, ob die Daten bei der betroffenen Person beschafft werden oder nicht.¹⁸⁶ Werden die Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft, muss der Verantwortliche prüfen, wie die Information erfolgen muss, damit die betroffene Person tatsächlich von ihr Kenntnis nehmen kann.¹⁸⁷ Unter Umständen reicht es in diesem Fall nicht aus, (z.B. auf der eigenen Website) lediglich Informationen zur Verfügung zu stellen, und die betroffene Person muss aktiv informiert werden. Insofern ist die Informationspflicht zwar keinem Formerfordernis unterworfen, aber es ist insgesamt eine Form zu wählen, welche dem Zweck einer transparenten Datenbearbeitung gerecht wird.¹⁸⁸ Aus Beweisgründen ist es zudem empfehlenswert, die Information zu dokumentieren oder schriftlich zu geben. Auch muss die Information verständlich abgefasst sein, sodass sie tatsächlich dem Zweck einer transparenten Datenbearbeitung dient.¹⁸⁹

6.3.2.2 Informationspflicht und Auskunftsrecht bei einer automatisierten Einzelentscheidung

Im Weiteren führt das neue Gesetz eine Informationspflicht sowie ein besonderes Auskunftsrecht bei automatisierten Einzelentscheidungen ein. Eine automatisierte Einzelentscheidung liegt dann vor, wenn eine Entscheidung ausschliesslich auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruht und mit einer Rechtsfolge für die betroffene Person verbunden ist (z. B. wenn sie zur Kündigung eines Vertrags führt) oder diese erheblich beeinträchtigt. Bei einer automatisierten Einzelentscheidung werden Personendaten also ohne menschliches Zutun bearbeitet, d. h. weder die Beurteilung eines Sachverhalts noch die darauf gestützte endgültige Entscheidung erfolgen durch eine natürliche Person.¹⁹⁰ Gestützt auf Art. 21 Absatz 1 nDSG hat der Verantwortliche die Pflicht, die betroffene Person über eine automatisierte Einzelentscheidung zu informieren.¹⁹¹ Diese hat alsdann das Recht, ihren Standpunkt geltend zu machen und zu verlangen, dass eine natürliche Person die Entscheidung überprüft (Art. 21 Abs. 2 nDSG). In Artikel 21 Absatz 3 nDSG sind Ausnahmen aufgeführt.¹⁹² Auch im Rahmen des Auskunftsrechts ist für automatisierte Einzelentscheidungen eine besondere Norm vorgesehen, wonach der betroffenen Person insbesondere mitzuteilen ist, auf welcher Logik die Entscheidung beruht (Art. 25 Abs. 2 Bst. f nDSG).¹⁹³

Die Bonitätsberechnung der Wirtschaftsauskunfteien stellt grundsätzlich noch keine automatisierte Einzelentscheidung im Sinne des nDSG, sondern eine Entscheidungshilfe dar, sofern die eigentliche Entscheidung (z.B. das Verweigern eines Kaufs auf Rechnung) erst durch die Kundinnen und Kunden der Wirtschaftsauskunfteien erfolgt.¹⁹⁴ Unter Umständen haben die Wirtschaftsauskunfteien den betroffenen Personen aber im Rahmen des allgemeinen Auskunftsrechts (Art. 25 Abs. 2 nDSG) mitzuteilen, welche Logik der Datenbearbeitung zur Kreditwürdigkeitsprüfung (und damit auch der Bonitätsberechnung) zugrunde liegt (dazu Ziff. 6.3.3).

¹⁸⁶ Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7050.

¹⁸⁷ Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7050. So wird beispielsweise eine Person, die nie Bücher kauft, kaum die Website eines Online-Buchhändlers besuchen und dessen Datenschutzerklärung lesen. Dementsprechend wird sie aufgrund dieser allgemeinen Erklärung auch nicht erfahren, dass der Online-Buchhändler Daten über sie bearbeitet, weil sie gar nicht damit rechnet; siehe Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7051.

¹⁸⁸ Siehe Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7051.

¹⁸⁹ Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7051; siehe zur Ausweitung der Informationspflicht durch das nDSG auch DAVID ROSENTHAL, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16. November 2020, N 92 ff.

¹⁹⁰ Siehe Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7056 f.

¹⁹¹ Siehe zu dieser Gesetzesänderung Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7056 ff.

¹⁹² Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7058.

¹⁹³ Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBI 2017 7067.

¹⁹⁴ Siehe Ziff. 3.5.

6.3.3 Verbesserte Kontrollmöglichkeiten für die betroffene Person

Mit dem revidierten DSG müssen den betroffenen Personen mehr Informationen vorgelegt werden, wenn diese ihr Auskunftsrecht (nach Art. 25 nDSG) geltend machen. Zunächst kann jede Person – wie nach geltendem DSG – vom Verantwortlichen Auskunft darüber verlangen, ob Personendaten über sie bearbeitet werden. Neu ist im Vergleich zum geltenden Recht im Wesentlichen, dass der Verantwortliche die betroffene Person auch über die Aufbewahrungsdauer der Personendaten (Abs. 2 Bst. d) sowie gegebenenfalls über das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung und die Logik, auf der die Entscheidung beruht (Abs. 2 Bst. f), informieren muss.¹⁹⁵ Die Auskunft ist – wie nach geltendem Recht – grundsätzlich kostenlos. Neu wird durch eine Anpassung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)¹⁹⁶ auch der gerichtliche Zugang erleichtert, indem (bei datenschutzrechtlichen Streitigkeiten im Allgemeinen) Verfahren gegenüber privaten Verantwortlichen von den Gerichtskosten befreit werden.¹⁹⁷

Generell sind der betroffenen Person nach Artikel 25 Absatz 2 nDSG diejenigen Informationen mitzuteilen, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach dem nDSG geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist. Gestützt auf diese Generalklausel könnte – bei gegebenen Voraussetzungen – auch die Auskunft darüber verlangt werden, welche Logik der Datenbearbeitung zur Kreditwürdigkeitsprüfung zu Grunde liegt bzw. auf welcher Logik die Bonitätsberechnung beruht. Dabei müssten nicht zwingend die Algorithmen mitgeteilt werden, insbesondere dann nicht, wenn es sich bei diesen um Geschäftsgeheimnisse handelt.¹⁹⁸ Vielmehr müssten die Grundannahmen des Algorithmus genannt werden (z.B. Menge und Art der herangezogenen Informationen sowie deren Gewichtung). Dies insbesondere, um einschätzen zu können, ob die Wirtschaftsauskunfteien die datenschutzrechtlichen Grundsätze (wie bspw. die Verhältnismässigkeit oder die Zweckgebundenheit, Ziff. 6.1.1.2) einhalten. Ohne zu wissen, nach welcher Methode und unter Einbezug welcher Daten die Bonität berechnet wird, ist es für die betroffene Person bspw. schwierig (bzw. unter Umständen gar unmöglich) zu beurteilen, ob die durch die Wirtschaftsauskunfteien bearbeiteten Daten für den Zweck der Datenbearbeitung (bzw. die Einschätzung ihrer Kreditwürdigkeit) erforderlich sind.

6.3.4 Stärkung der Aufsichtskompetenzen des EDÖB

Das revidierte DSG erweitert die Aufsichtskompetenzen des EDÖB. Dieser eröffnet neu nach Artikel 49 Absatz 1 nDSG von Amtes wegen oder auf Anzeige hin eine Untersuchung, wenn genügend Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte.¹⁹⁹ Im Weiteren kann der EDÖB neu Verfügungen nach Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes²⁰⁰ erlassen. Stellt er fest, dass Datenschutzvorschriften verletzt werden, kann er verfügen, dass die Bearbeitung ganz oder teilweise angepasst, unterbrochen oder abgebrochen wird (Art. 51 Abs. 1 nDSG). Er kann ausserdem anordnen, dass der Verantwortliche nach den Artikeln 19 und 21 nDSG die betroffene Person informiert oder ihr die Auskünfte nach Artikel 25 nDSG erteilt, wenn sie ihr Auskunftsrecht geltend macht (Art. 51 Abs. 3 Bst. c und g E-DSG). Die Missachtung einer Verfügung, die der EDÖB

¹⁹⁵ Siehe dazu auch Ziff. 6.3.2.2.

¹⁹⁶ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.

¹⁹⁷ Siehe Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7066 ff.

¹⁹⁸ Siehe dazu auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 3, 33, 51, 65.

¹⁹⁹ Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7090.

²⁰⁰ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG), SR 172.021.

oder eine Rechtsmittelinstanz unter Hinweis auf die Strafandrohung nach Artikel 63 nDSG erlassen hat, ist strafbar (Art. 63 nDSG).²⁰¹

6.3.5 Verschärfung des Sanktionensystems

Der strafrechtliche Teil des DSG wird in mehrfacher Hinsicht ausgebaut. Im nDSG wird – neben der Verletzung von Informations-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten sowie der beruflichen Schweigepflicht – auch die Verletzung bestimmter Sorgfaltspflichten und das Missachten von Verfügungen als Straftat umschrieben (Art. 60-63 nDSG). Die Obergrenze der Bussen für Verstösse gegen das neue DSG liegt bei 250 000 Franken – nach geltendem Recht liegt die Grenze bei 10 000 Franken. Der EDÖB kann bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde Anzeige erstatten und im Verfahren die Rechte einer Privatklägerschaft wahrnehmen (Art. 65 Abs. 2 nDSG). Er kann somit Einstellungsverfügungen anfechten und Rechtsmittel ergreifen, soweit dies im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Gesetzes geboten scheint.²⁰²

6.3.6 Stärkung der Prävention und Selbstregulierung

Um die Mechanismen zur Prävention im Bereich des Datenschutzes zu stärken und die Selbstregulierung sowie die Eigenverantwortung der Verantwortlichen zu fördern, sind im nDSG neue bzw. erweiterte Massnahmen vorgesehen.

6.3.6.1 Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen

Nach Artikel 7 Absatz 1 nDSG muss der Verantwortliche die Datenbearbeitung bereits ab dem Zeitpunkt der Planung technisch und organisatorisch so ausgestalten, dass die Datenschutzvorschriften eingehalten werden. Mittels geeigneter Voreinstellungen muss der Verantwortliche sicherstellen, dass die Datenbearbeitung standardmässig auf das für den Bearbeitungszweck nötige Mindestmass beschränkt ist, soweit die betroffene Person nicht etwas anderes bestimmt (Art. 7 Abs. 3 nDSG).²⁰³

6.3.6.2 Datenschutz-Folgenabschätzung

Gemäss Artikel 22 nDSG ist der Verantwortliche neu verpflichtet, eine Datenschutz-Folgenabschätzung zu erstellen, wenn er Datenbearbeitungen plant, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringen können. Vorbehalten sind die Ausnahmen nach Absatz 4 und 5. Eine Datenschutz-Folgenabschätzung ist ein Instrument, mit dem die Risiken der Datenbearbeitung erkannt und bewertet werden sollen. Gegebenenfalls muss der Verantwortliche auf Basis der Abschätzung angemessene Massnahmen definieren können, um diese Risiken zu bewältigen und unter Umständen auch den EDÖB konsultieren (Art. 23 nDSG).²⁰⁴

6.3.6.3 Verhaltenskodizes

Artikel 11 nDSG sieht vor, dass Berufs-, Branchen- und Wirtschaftsverbände, die Verhaltenskodizes erarbeiten, diese dem EDÖB vorlegen können (Abs. 1). Dieser nimmt dazu Stellung und veröffentlicht seine Stellungnahmen (Abs. 2). In einem Verhaltenskodex können Grundsätze und Einzelheiten zu bestimmten Rechten und Pflichten präzisiert werden. Ziel ist es, eine gewisse Vereinheitlichung innerhalb einer Branche zu erreichen. Als Anreiz ist in Artikel 22 Absatz 5 nDSG festgehalten, dass die Verantwortlichen von der Erstellung einer

²⁰¹ Siehe Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7092 f.

²⁰² Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7098 ff.

²⁰³ Siehe Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7028 ff.

²⁰⁴ Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7059 ff.

Datenschutz-Folgenabschätzung (6.3.6.2) absehen können, wenn sie einen Verhaltenskodex einhalten, der gewisse Voraussetzungen erfüllt.²⁰⁵

6.3.6.4 Zertifizierung

Artikel 13 nDSG regelt die fakultative Zertifizierung, die gegenwärtig in Artikel 11 DSGVO geregelt ist. Neben Datenbearbeitungssystemen und Produkten (z.B. Programme) wird es künftig auch möglich sein, bestimmte Dienstleistungen zu zertifizieren. Verantwortliche, die ein zertifiziertes System, Produkt oder eine zertifizierte Dienstleistung einsetzen, sind (entsprechend denjenigen, die einen Verhaltenskodex einhalten, Ziff. 6.3.6.3) unter gewissen Voraussetzungen von der Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung (Ziff. 6.3.6.2) entbunden (Art. 22 Abs. 5 nDSG).²⁰⁶

6.4 Entwicklungen auf internationaler Ebene

6.4.1 Europäische Union

Auf Ebene der Europäischen Union ist der grundlegende Datenschutzerlass die Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz personenbezogener Daten (Verordnung [EU] 2016/679)²⁰⁷. Diese Verordnung ist insoweit auf Wirtschaftsauskunfteien anwendbar, als deren Datenbearbeitungstätigkeiten in den Geltungsbereich der Verordnung fallen (Art. 2 und 3). Sie sieht aber weder spezifische Bestimmungen zu den Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien vor noch verbietet sie diese.

Nach Artikel 5 der Verordnung (EU) 2016/679 hat jede Datenverarbeitung insbesondere nach den Grundsätzen der Rechtmässigkeit, Transparenz, Zweckbindung, Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit sowie nach Treu und Glauben zu erfolgen. Zudem ist nach Artikel 6 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 die Verarbeitung personenbezogener Daten nur rechtmässig, wenn mindestens eine der in dieser Bestimmung vorgesehenen Bedingungen erfüllt ist. In Bezug auf Wirtschaftsauskunfteien ist dies der Fall, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verarbeitung der sie betreffenden Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat (Bst. a), oder wenn anzunehmen ist, dass die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen der Wirtschaftsauskunftei oder eines Dritten erforderlich ist (Bst. f). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit gilt nach der Lehre²⁰⁸ als berechtigtes Interesse.

Ein Ziel der Totalrevision des DSG bestand darin, das DSG an die Anforderungen der Verordnung (EU) 2016/679¹⁰ anzunähern.²⁰⁹

6.4.2 Europarat

Die technologischen Entwicklungen und die Zunahme des grenzüberschreitenden Datenverkehrs bringen Herausforderungen für den Schutz der Privatsphäre mit sich. Um diese zu bewältigen, hat der Europarat beschlossen, das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten²¹⁰ und sein Zusatzprotokoll²¹¹ zu revidieren. Dies hat zur Annahme des Änderungsprotokolls vom 10. Oktober 2018 ge-

²⁰⁵ Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7034 f.

²⁰⁶ Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7037.

²⁰⁷ 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), ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1.

²⁰⁸ Vgl. PHILIPP REIMER, in: Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung – Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018, N 55 zu Art. 6.

²⁰⁹ Vgl. Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 6955 und 6998.

²¹⁰ SR 0.235.1.

²¹¹ SR 0.235.11.

führt.²¹² Die revidierten Rechtsgrundlagen sind inhaltlich vergleichbar mit der Verordnung (EU) 2016/679, allerdings weniger ausführlich. Der Bundesrat hat das Änderungsprotokoll am 21. November 2019 unterzeichnet.²¹³ Am 19. Juni 2020 hat das Parlament den Bundesbeschluss zur Genehmigung des Protokolls gutgeheissen.²¹⁴ Die Referendumsfrist ist am 8. Oktober 2020 abgelaufen. Die Ratifizierung bzw. der Beitritt zum revidierten Übereinkommen ist allerdings erst dann möglich, wenn die Anforderungen des Europarates im innerstaatlichen Recht umgesetzt sind.

6.4.3 Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung

In einem Bericht vom Juni 2019 zur künstlichen Intelligenz in der Gesellschaft²¹⁵ hat die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) die Auswirkungen der künstlichen Intelligenz im Rahmen von Finanzdienstleistungen bezüglich der Bonitätsbeurteilung von Kreditnehmerinnen und Kreditnehmern thematisiert. Der Bericht hält fest, dass mit den neuen Technologien zwar grosse Datenmengen aus Kreditauskünften anhand von Algorithmen analysiert und die wichtigsten Faktoren und ihre Beziehungen zueinander eingehend ermittelt werden können, die Ergebnisse aber nach wie vor nur schwer erklärbar sind. Gemäss dem Bericht verlangen verschiedene nationale Rechtsvorschriften heute eine hohe Transparenz im Finanzdienstleistungssektor. So sieht das amerikanische Recht²¹⁶ vor, dass es bei jedem Algorithmus möglich sein muss, den Verlauf und das Ergebnis zu erklären. Am 22. Mai 2019 hat der Rat der OECD eine Empfehlung zu künstlicher Intelligenz²¹⁷ verabschiedet. Die Empfehlung enthält einige Grundsätze und fordert die betroffenen Akteuerinnen und Akteure auf, sie umzusetzen.²¹⁸

6.5 Rechtsvergleich

Am 1. Juli 2015 hat das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (nachstehend "SIR") eine rechtsvergleichende Studie über die ausländischen Rechtsvorschriften zur Tätigkeit von Inkassounternehmen und Bonitätsdatenbanken veröffentlicht.²¹⁹ Diese Studie wurde im Rahmen der Arbeiten zum Postulat 12.3641 Comte "Rahmenbedingungen für die Praktiken von Inkassounternehmen"²²⁰ erstellt. Die untersuchten Länder sind Belgien, Kanada (Provinz Ontario), Frankreich, Deutschland, Schweden und das Vereinigte Königreich. Wie die Studie zeigt, kennen diese Staaten keine Spezialgesetze, die spezifisch die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien regeln würden. Die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien unterliegen in diesen Staaten entweder der Datenschutzgesetzgebung oder den Bestimmungen über den Konsumentenschutz, wobei einige Länder auch einzelne besondere Regelungen eingeführt haben. Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gelangt für die Verarbeitung

²¹² Das Protokoll zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten ist abrufbar unter <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223> (Stand: 07.04.2021).

²¹³ Siehe dazu die Medienmitteilung vom 30. Oktober 2019, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-76861.html> (Stand: 07.04.2021).

²¹⁴ Siehe Bundesbeschluss über die Genehmigung des Protokolls zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 19. Juni 2020, BBl 2020 5725.

²¹⁵ Der Bericht der OECD zur künstlichen Intelligenz in der Gesellschaft ist abrufbar unter: <https://www.oecd.org/publications/kunstliche-intelligenz-in-der-gesellschaft-6b89dea3-de.htm> (Stand: 07.04.2021).

²¹⁶ Fair Credit Reporting Act (1970) und Equal Credit Opportunity Act (1974).

²¹⁷ Die Empfehlung des OECD-Rats ist abrufbar unter: <https://www.oecd.org/berlin/presse/Empfehlung-des-Rats-zu-kuenstlicher-Intelligenz.pdf> (Stand: 07.04.2021).

²¹⁸ Nach Ziff. 1.3 sollen sich die Akteure der KI verpflichten, Transparenz und eine verantwortungsvolle Offenlegung von Informationen im Zusammenhang mit KI-Systemen sicherzustellen. Dazu sollen sie den betroffenen Personen ermöglichen, ihre Ergebnisse nachzuvollziehen und auf der Grundlage klarer und leicht verständlicher Informationen zu hinterfragen, so namentlich in Bezug auf die Logik, die der Vorhersage oder dem Entscheid zugrunde liegt.

²¹⁹ Das Gutachten des SIR vom 1. Juli 2015 "Die rechtlichen Regelungen von Inkassobüros und Bonitätsdatenbanken, Belgien, Deutschland, Frankreich, Kanada (Ontario), Vereinigtes Königreich" (Gutachten SIR) ist abrufbar unter: <https://www.isdc.ch/media/1483/e-2017-10-13-224-inkassobueros-gz.pdf> (Stand: 07.04.2021).

²²⁰ Der Bericht des Bundesrats zum Postulat 12.3641 kann abgerufen werden unter: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2012/20123641/Bericht%20BR%20D.pdf> (Stand: 07.04.2021).

personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien überdies die Verordnung (EU) 2016/279 zur Anwendung (siehe Ziff. 6.4.1).

In Deutschland und Ontario wird beispielsweise verlangt, dass Wirtschaftsauskunfteien bei einer Behörde registriert sind. In *Ontario* kann diese Behörde (*Registrar of Consumer Reporting Agencies*) die Löschung von Daten anordnen oder die Nutzung bestimmter Daten, die als fehlerhaft oder unvollständig erachtet werden, einschränken oder gar verbieten. Sie kann auch Auskunft über die gegen Wirtschaftsauskunfteien eingereichten Beschwerden verlangen, entsprechende Untersuchungsbeamte bestimmen und bei Verdacht auf eine Gesetzesverletzung Unternehmen durchsuchen lassen.²²¹ Auch in *Deutschland* wird die Tätigkeit von Wirtschaftsauskunfteien überwacht. Die Auskunftserteilung über Vermögensverhältnisse gilt gemäss der deutschen Gewerbeordnung als überwachungsbedürftiges Gewerbe.²²²

Schweden und das Vereinigte Königreich sehen eine Bewilligungspflicht für Wirtschaftsauskunfteien und ein Aufsichtssystem vor. In *Schweden* haben die Unternehmen die Bewilligung bei der Datenschutzbehörde (*Datainspektionen*) zu beantragen, die auch die Aufsichtsbehörde ist. Die Behörde führt Inspektionen durch, um eine gute Unternehmensführung sicherzustellen. Sie kann die Bewilligung an neue Bedingungen knüpfen oder auch anordnen, dass die Unternehmen unrechtmässige Vorgänge korrigieren. Wenn die Unternehmen die Anweisungen der Behörde nicht befolgen oder die Bedingungen nicht mehr erfüllen, kann die Behörde ihnen die Bewilligung entziehen. Die Behörde ist auch ermächtigt, Sanktionen auszusprechen.²²³ Im *Vereinigten Königreich* müssen die Unternehmen bei der Finanzaufsichtsbehörde (*Financial Conduct Authority, FCA*) eine Bewilligung für ihre Tätigkeit einholen.²²⁴ Die FCA ist auch die Aufsichtsbehörde über die Unternehmen und kann Richtlinien erlassen (*FCA Handbook*)²²⁵. Zudem verfügen die Unternehmen über eigene Richtlinien, die den Datenaustausch zur Zahlungsfähigkeit der betroffenen Personen regeln (*Principles of Reciprocity*)²²⁶.

In den *Vereinigten Staaten* legt der *Fair Credit Reporting Act (FCRA)*²²⁷ die Regeln und Bedingungen für die Weitergabe von Daten fest, die Kreditauskunfteien über Privatpersonen erheben. Die Wirtschaftsauskunfteien werden vom Büro für Verbraucherschutz im Finanzsektor (*Bureau of Consumer Financial Protection*) beaufsichtigt, das der Handelskommission der Vereinigten Staaten (*Federal Trade Commission, FTC*) angehört. Die FTC kann Vorschriften erlassen, um die Einhaltung des FCRA sicherzustellen.²²⁸ Die Konsumentinnen und Konsumenten können zivilrechtliche Ansprüche durchsetzen und Klage erheben.²²⁹ Schliesslich können die Verantwortlichen der Kreditauskunfteien in gewissen Fällen auch zu einer Busse oder zu einer Gefängnisstrafe verurteilt werden.²³⁰

²²¹ § 3, 14, 16, 17, 18 des Kreditauskunftgesetzes (*Credit Reporting Act*), abrufbar unter: <https://www.ontario.ca/fr/lois/loi/90c33> (Stand: 07.04.2021); vgl. auch Gutachten SIR, S. 140.

²²² Siehe insb. § 38 Abs. 1 Ziff. 2 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869, abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/gewo/> (Stand: 07.04.2021); vgl. auch Gutachten SIR, S. 26 f.

²²³ Abschnitte 3, 9–12, 17, 19 und 22 des Kreditinformationsgesetzes (*Kreditupplysningslag* 1973:1173), abrufbar unter: [http://www.riksdagen.se/sv/> Dokument & lagar > Kreditupplysningslag \(1973:1173\)](http://www.riksdagen.se/sv/>Dokument%20%26%20lagar%20>Kreditupplysningslag%20(1973:1173)) (Stand: 07.04.2021); vgl. auch Gutachten SIR, S. 107.

²²⁴ Die Rechtsgrundlage der FCA ist der Financial Services Act 2012, der unter folgendem Link abrufbar ist: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/161/contents/made> (Stand: 07.04.2021); vgl. auch Gutachten SIR, S. 89. Die Unternehmen müssen sich zudem bei der Datenschutzbehörde (*Information Commissioner's Office, ICO*) registrieren, deren Rechtsgrundlage das Datenschutzgesetz ist; siehe dazu Gutachten SIR, S. 99.

²²⁵ Das *FCA Handbook* ist abrufbar unter: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook> (Stand: 07.04.2021).

²²⁶ Die *Principles of Reciprocity* sind abrufbar unter: <https://scoronline.co.uk/key-documents/> (Stand: 07.04.2021).

²²⁷ Der FCRA ist auf der Website der *Federal Trade Commission* abrufbar: <https://www.ftc.gov/enforcement/statutes> (Stand: 07.04.2021).

²²⁸ FCRA § 621.

²²⁹ FCRA § 616–618.

²³⁰ FCRA § 619–620.

7 Fazit und mögliche Lösungsansätze des Berichts Ecoplan

Im Bericht Ecoplan gelangen die Autorinnen und Autoren zum Schluss, das DSGVO umfasse bereits die notwendigen Grundsätze, um die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien zu regeln. Zusätzliche gesetzliche Normen, welche die Datenbearbeitung regeln würden, erachten die Autorinnen und Autoren daher als nicht erforderlich. Auch bedürfe es keines spezifischen Gesetzes, welches ausschliesslich die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien regeln würde.²³¹ Hingegen müssten die Mechanismen verstärkt werden, welche die effektive Umsetzung der bestehenden Grundsätze, insbesondere des Transparenzgrundsatzes, unterstützen.²³² Die Autorinnen und Autoren schlagen in ihrem Bericht hierzu verschiedene Mechanismen vor:²³³

- a. *Verstärkte Aufsicht:* Vorgeschlagen wird, zusätzlich zum EDÖB eine spezifische Aufsichtsstelle für die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien zu schaffen, wie sie in anderen Branchen wie z. B. bei den Banken (durch die FINMA) existiert. Weitere Möglichkeiten wären gemäss den Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan eine Bewilligungspflicht für Wirtschaftsauskunfteien oder die Pflicht zu regelmässigen Reportings zuhanden der Aufsichtsbehörde. Schliesslich könnten zusätzlich auch Sanktionsmöglichkeiten zu einer wirksameren Aufsicht führen.²³⁴
- b. *Information zur Logik des Scoring-Verfahrens:* Weiter wird im Bericht Ecoplan (zur Verbesserung der Nachvollziehbarkeit der Methoden bei der Berechnung des Score-Werts) vorgeschlagen, die Scoring-Verfahren regelmässig überprüfen zu lassen und die Gutachten dann einer unabhängigen Stelle wie bspw. dem EDÖB zu unterbreiten.²³⁵
- c. *Branchenweiter Verhaltenskodex und Zertifizierung:* Auch wird im Bericht Ecoplan die Möglichkeit erläutert, einen branchenweiten Verhaltenskodex zu verabschieden, zu dem der EDÖB Stellung nehmen und seine Stellungnahmen veröffentlichen kann. Die Wirtschaftsauskunfteien könnten u. a. vereinbaren, welche Art von Daten in die Berechnung des Score-Werts einfließen dürften, und so die Transparenz der Datenbearbeitung erhöhen.²³⁶ Mit Artikel 11 nDSG wurde eine entsprechende Rechtsgrundlage für Verhaltenskodizes geschaffen. Im Weiteren erachten die Verfasserinnen und Verfasser des Berichts Ecoplan die Einführung eines Zertifizierungsverfahrens für Wirtschaftsauskunfteien als zielführend. Ein freiwilliges Zertifizierungsverfahren ist bereits in Artikel 11 DSGVO und auch in Artikel 13 nDSG vorgesehen.²³⁷
- d. *Weitere Massnahmen:* Auch könnte gemäss dem Bericht Ecoplan eine besondere Schlichtungs- bzw. eine Ombudsstelle (wie bspw. die ombudscom in der Telekommunikationsbranche) zur Vermittlung zwischen den Konsumentinnen bzw. Konsumenten und den Wirtschaftsauskunfteien dienlich sein. Weiter bestünde die Möglichkeit einer Branchenvereinbarung zwischen dem Bund und den Wirtschaftsauskunfteien bzw. zwischen den Wirtschaftsauskunfteien unter sich.²³⁸

Zu erwähnen ist bezüglich dieser Massnahmen, dass der Bericht Ecoplan zu einem Zeitpunkt entstanden ist, als die Revision des DSGVO im Parlament hängig und das nDSG noch nicht verabschiedet war. So hielten die Autorinnen und Autoren in ihrem Bericht fest, dass

²³¹ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 66.

²³² Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 66.

²³³ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 56 ff.

²³⁴ Siehe dazu Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 56 f.

²³⁵ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 58 f.

²³⁶ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 59 ff.

²³⁷ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 61 f.

²³⁸ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 62 f.

verschiedene der geprüften Mechanismen mit der DSGVO-Revision bereits angedacht seien und einen Beitrag zu mehr Transparenz leisten würden.²³⁹ Verwiesen wurde insbesondere auf die verstärkte allgemeine Informationspflicht,²⁴⁰ die Informationspflicht sowie das Auskunftsrecht bei einer automatisierten Einzelentscheidung,²⁴¹ die Stärkung der Befugnisse des EDÖB²⁴² sowie die Erhöhung des Höchstbetrags der Bussen²⁴³.

Ob die erwähnten Mechanismen opportun seien, ob sie auf freiwilliger oder verpflichtender Basis sein sollten und wie sie konkret auszugestalten wären, erachteten die Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan als eine politische Entscheidung.²⁴⁴ Allerdings empfahlen sie, verpflichtende Massnahmen zu prüfen, falls sich die Branche der Wirtschaftsauskunfteien nicht selbst regulieren sollte.²⁴⁵

8 Würdigung und Schlussfolgerungen des Bundesrates

8.1 Handlungsbedarf im Bereich der Transparenz und betreffend die Merkmale zur Bonitätsberechnung

Der Bundesrat anerkennt das Bedürfnis nach mehr Transparenz für die betroffenen Personen, insbesondere im Bereich der Datenbeschaffung, der Datenbekanntgabe und der Berechnung der Bonität. Es ist wichtig, dass Kreditwürdigkeitsprüfungen nachvollziehbar und erklärbar sind. An der Transparenz anzuknüpfen ist auch deshalb zielführend, weil durch die Stärkung der Transparenz auch die Datenqualität verbessert werden kann. Wissen die betroffenen Personen nicht, dass die Wirtschaftsauskunfteien Daten über sie bearbeiten, fehlt ihnen auch die Möglichkeit zu erkennen, ob die Datenbearbeitung rechtmässig erfolgt. Die betroffenen Personen setzen sich entsprechend auch nicht zur Wehr, wenn die Wirtschaftsauskunfteien über fehlerhafte Daten verfügen und diese bekanntgeben. Sind die betroffenen Personen allerdings über die Bearbeitung ihrer Personendaten informiert, so haben sie (mit Auskunftsge-suchen, Ziff. 6.1.1.6) die Möglichkeit, sich nach den über sie bearbeiteten Daten zu erkundigen, Fehler (und damit insb. auch Falschidentifikationen) zu erkennen und sich (bspw. mit Berichtigungsgesuchen, Ziff. 6.1.1.6) dagegen zur Wehr zu setzen. Diese Möglichkeit erhöht die Datenqualität nicht zuletzt auch deshalb, weil die Wirtschaftsauskunfteien Berichtigungsgesuche effizient bearbeiten (Ziff. 3.6).²⁴⁶

Im Übrigen erachtet der Bundesrat die Bearbeitung gewisser Datenkategorien als problematisch, wenn sie nicht nur zur Identifikation einer Person dienen, sondern – wie dies eine der befragten Wirtschaftsauskunfteien angegeben hat (Ziff. 3.3 und 3.5) – in die Berechnung der Score-Werte miteinbezogen werden. Dies betrifft insbesondere die persönlichen Merkmale wie zum Beispiel das Geschlecht und die Wohngegend. Diese Daten sind – gerade wenn deren Berücksichtigung auf statistischen Wahrscheinlichkeiten beruht – nicht auf die individuelle Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit der betroffenen Person zugeschnitten. So können bspw. auch Personen mit einem grossen Einkommen bzw. Vermögen in einer Gegend wohnen, die überwiegend von Personen mit geringen Einkommen besiedelt ist. In diesem Sinne können die Kriterien sachfremd sein und zu falschen Schlüssen führen, was bedeuten würde, dass die Daten nicht geeignet wären, um den verfolgten Bearbeitungszweck zu errei-

²³⁹ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 66.

²⁴⁰ Siehe dazu Ziff. 6.3.2.1.

²⁴¹ Siehe dazu Ziff. 6.3.2.2.

²⁴² Siehe dazu Ziff. 6.3.4.

²⁴³ Siehe dazu Ziff. 6.3.5.

²⁴⁴ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 56.

²⁴⁵ Siehe Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 66.

²⁴⁶ Eine bessere Datenqualität soll im Übrigen auch dadurch erreicht werden, dass sich die Wirtschaftsauskunfteien nach dem nDSG nur dann noch auf den Rechtfertigungsgrund der Kreditwürdigkeitsprüfung berufen können, wenn die Daten nicht älter als zehn Jahre alt sind (Art. 31 Abs. 2 Bst. c Ziff. 3 nDSG), siehe dazu Ziff. 6.3.1.

chen. Dies hätte eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zur Folge.²⁴⁷ Auch dürfte die Bearbeitung solcher personenbezogenen Daten für die Beurteilung der Bonität selten erforderlich sein. So ist bspw. der Einbezug von Daten zu Geschlecht und Wohngegend nicht notwendig und daher unverhältnismässig, wenn die Bonität bereits mit Daten zu Zahlungserfahrungen und ähnlichen Angaben hinreichend bestimmt werden kann. In diesen Fällen dürften solche Daten (wenn überhaupt erforderlich) nur zur Identifikation, nicht aber zur Berechnung der Score-Werte bearbeitet werden. Im Übrigen gefährdet die Berücksichtigung solcher Kriterien bei der Bonitätsberechnung sowohl die Nachvollziehbarkeit für die betroffenen Personen als auch die individuelle Richtigkeit der Prüfung. Nach Ansicht des Bundesrates sind deshalb Massnahmen erforderlich, die sicherstellen, dass solche personenbezogenen Kriterien, die nicht auf die individuelle Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit der betroffenen Person zugeschnitten sind, bei der Score-Wert-Berechnung keine Berücksichtigung finden.²⁴⁸

8.2 Mögliche Massnahmen

8.2.1 Vorbemerkung

Vorbemerkend ist festzuhalten, dass zu restriktive Regelungen oder – obschon dies im Postulat nicht gefordert wird – gar ein Verbot der Datenbearbeitung zur Kreditwürdigkeitsprüfung weder zweckdienlich noch politisch gewollt wären. Solche Einschränkungen würden angesichts der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung von Datenbearbeitungen zur Kreditwürdigkeitsprüfung²⁴⁹ zu weit gehen und wären mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit problematisch. Insbesondere kann die Datenbearbeitung durch Wirtschaftsauskunfteien grundsätzlich allen am Wirtschaftsleben beteiligten Personen und damit unter Umständen auch den Konsumentinnen und Konsumenten dienen. Ohne Bonitätsprüfung würde wohl der Kauf auf Rechnung kaum mehr möglich sein. Im Weiteren wurde ein Verbot der Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien in der parlamentarischen Debatte zur DSGVO-Revision diskutiert und abgelehnt.²⁵⁰

8.2.2 Kein zusätzlicher Regelungsbedarf

Das revidierte DSGVO sorgt für eine höhere Transparenz der Datenbearbeitungen, stärkt die Rechte (insb. auch das Auskunftsrecht) der betroffenen Personen und erweitert die Pflichten der Verantwortlichen und die Aufsicht durch den EDÖB. Zudem werden im nDSG die Voraussetzungen für die Rechtfertigung der Bearbeitung von Personendaten zur Prüfung der Kreditwürdigkeit der betroffenen Person durch den Verantwortlichen verschärft.²⁵¹ Insbesondere mit Blick auf diese Entwicklungen bedarf es nach Ansicht des Bundesrates – in Übereinstimmung mit den Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan – keiner zusätzlichen Rechtsnormen, welche die Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien regeln würden. Es erscheint im vorliegenden Kontext nicht angebracht, von den bestehenden bzw. künftigen und allgemein anerkannten Datenschutzgrundsätzen abzuweichen und für Wirtschaftsauskunfteien eine Sonderregelung zu schaffen. Die bestehenden Normen reichen aus, um einen angemessenen Rechtsrahmen zu gewährleisten. Die Frage, inwieweit Wirtschaftsauskunfteien Daten bearbeiten dürfen, wurde im Rahmen der DSGVO-Revision eingehend diskutiert. Einschränkungen (so insb. auch ein Verbot), die über die erläuterten Verschärfungen hinausgehen würden, sind abgelehnt worden.²⁵²

²⁴⁷ Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit siehe Ziff. 6.1.1.2.

²⁴⁸ Zu den vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmen siehe Ziff. 8.3.

²⁴⁹ Siehe dazu Ziff. 2.2.

²⁵⁰ Siehe Ablehnung der Minderheit Wermuth zu Art. 27 Abs. 1^{bis} und Abs. 2 Bst. c E-DSG im Nationalrat am 25. September 2019; AB 2019 N 1825 f.

²⁵¹ Siehe zu diesen Änderungen Ziff. 6.3.

²⁵² Siehe Ablehnung der Minderheit Wermuth zu Art. 27 Abs. 1bis und Abs. 2 Bst. c E-DSG im Nationalrat am 25. September 2019; AB 2019 N 1825 f.

Ob und in welchem Umfang die Wirtschaftsauskunfteien mit ihren aktuellen Praktiken die datenschutzrechtlichen Vorgaben und dabei insb. die Anforderungen an den Grundsatz der Erkennbarkeit und die Informationspflicht erfüllen, kann der Bundesrat nicht generell und abschliessend beurteilen. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Wirtschaftsauskunfteien Persönlichkeitsprofile erstellen bzw. Profiling mit hohem Risiko betreiben und demnach strengere Vorgaben erfüllen müssten. Bei diesen Fragen handelt es sich um Rechtsfragen, die im Einzelfall und durch Auslegung der betreffenden Bestimmungen zu entscheiden sind. Dafür sind grundsätzlich die Aufsichtsbehörden und Gerichte zuständig. Der EDÖB hat die Möglichkeit, Sachverhalte abzuklären, Empfehlungen bzw. nach neuem Recht Verfügungen zu erlassen und (auch nach neuem Recht) Strafanzeige zu erstatten.²⁵³ 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.²⁵⁴ Nach neuem Recht würde in diesem Fall entsprechend von einem Profiling mit hohem Risiko ausgegangen.

Betreffend die Erfüllung der Informationspflicht wäre durch den EDÖB oder die Gerichte insbesondere zu klären, ob die Information durch die Wirtschaftsauskunfteien direkt, oder – und unter welchen Voraussetzungen – diese indirekt durch ihre Kundschaft erfolgen darf. Sollte eine Information durch Dritte rechtmässig sein, gilt es festzuhalten, dass die Wirtschaftsauskunftei als Datenbearbeiterin bzw. Verantwortliche für die Erfüllung der Transparenzvorgaben (wie insb. auch der Informationspflicht) verantwortlich bleibt. Es ist die Wirtschaftsauskunftei, die letztendlich dafür zu sorgen hat, dass die Datenbearbeitung für die betroffenen Personen hinreichend erkennbar ist bzw. diese genügend informiert werden. Auch bleibt darauf hinzuweisen, dass die Wirtschaftsauskunfteien sicherzustellen haben, dass die gesetzlich vorgesehenen Fristen (Art. 14 Abs. 3 DSG bzw. Art. 19 Abs. 5 nDSG) für die Information gewahrt bleiben. Verstösst die Wirtschaftsauskunftei gegen ihre Informationspflicht, macht sie sich bei gegebenen Voraussetzungen strafbar (Art. 34 Abs. 1 DSG bzw. Art. 60 Abs. 1 nDSG).

8.2.3 Würdigung der Lösungsansätze des Berichts Ecoplan

Hinsichtlich der von den Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan geprüften Massnahmen lehnt der Bundesrat die Schaffung einer zusätzlichen Aufsichtsbehörde, die Pflicht zur Erstellung von Reportings und Gutachten sowie auch eine Bewilligungspflicht und eine regelmässige Überprüfung der Bonitätsberechnung durch eine unabhängige Behörde ab. Er erachtet diese Mechanismen unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Mittel, der zu relativierenden Problematik sowie im Hinblick auf die neuen und strengeren Vorschriften des nDSG als nicht verhältnismässig. Die Massnahmen wären für alle Beteiligten sehr aufwändig und insbesondere die Einführung eines Bewilligungsverfahrens wäre (je nach Ausgestaltung) mit einem starken Eingriff in die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV) verbunden. Ein solcher Eingriff darf nicht leichthin vorgenommen werden. Mit Blick auf die DSG-Revision ist davon auszugehen, dass – insb. durch die Erweiterung der Informationspflicht²⁵⁵ – die Transparenz mit dem nDSG massgeblich verbessert wird. Auch der Schutz der betroffenen Personen wird ausgeweitet.²⁵⁶ Im Weiteren scheint dem Bundes-

²⁵³ Siehe dazu Ziff. 6.1.1.5 und 6.3.4.

²⁵⁴ Siehe dazu Ziff. 6.1.3.

²⁵⁵ Siehe dazu Ziff. 6.3.2.

²⁵⁶ Siehe dazu Ziff. 6.3.3.

rat die Aufsicht durch den EDÖB – auch hinsichtlich der Stärkung durch die DSGVO-Revision²⁵⁷ – ausreichend, um eine wirksame Kontrolle zu gewährleisten. Hinzu kommt, dass das revidierte DSGVO den strafrechtlichen Teil in mehrfacher Hinsicht ausbaut.²⁵⁸ Insbesondere werden auch das Missachten von Verfügungen des EDÖB als Straftat umschrieben²⁵⁹ und die Obergrenze der Bussen für Verstösse stark erhöht.²⁶⁰

In Bezug auf die Schaffung einer besonderen Schlichtungs- bzw. Ombudsstelle ist der Bundesrat in Übereinstimmung mit den Autorinnen und Autoren des Berichts Ecoplan²⁶¹ der Ansicht, dass der Bedarf nach einer solchen gering ist, da die Auskunfts-, Lösungs- und Berichtigungsbegehren rechtmässig und effizient bearbeitet werden.²⁶² Das Problem liegt nicht in der fehlenden Kooperation durch die Wirtschaftsauskunfteien, sondern bei der mangelnden Transparenz. Im Übrigen können betroffene Personen an den EDÖB gelangen, wenn sie datenschutzrechtliche Verletzungen vermuten bzw. feststellen. Der EDÖB hat nach dem nDSG²⁶³ alsdann grundsätzlich²⁶⁴ eine Untersuchung zu eröffnen, wenn genügend Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte (Art. 49 Abs. 1 nDSG).²⁶⁵ Er muss die betroffene Person, welche bei ihm Anzeige erstattet hat, alsdann über sein weiteres Vorgehen und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung informieren (Art. 49 Abs. 4 nDSG).

Mögliche Mechanismen, an denen nach Ansicht des Bundesrates angeknüpft werden kann, um die Transparenz (und damit einhergehend auch die Datenqualität, s. Ziff. 8.1) angemessen zu stärken, sind freiwillige Instrumente wie der branchenweite Verhaltenskodex und die Zertifizierung (siehe dazu Ziff. 8.3). Auch in Bezug auf Branchenvereinbarungen zwischen den Unternehmen ist der Bundesrat der Ansicht, dass diese – entsprechend dem Verhaltenskodex – in angemessener Form zur Problemlösung beitragen könnten. Eine Vereinbarung zwischen dem Bund und der Branche, wie dies z.B. im Umweltschutzgesetz²⁶⁶ und im CO₂-Gesetz²⁶⁷ vorgesehen ist, erachtet der Bundesrat allerdings nicht als angemessen. Eine solche würde Sonderregelungen für Wirtschaftsauskunfteien begründen, die der Bundesrat, wie ausgeführt, ablehnt.²⁶⁸ Anders als bei Umweltschutzfragen, ist bei den Tätigkeiten von Wirtschaftsauskunfteien die individuelle Rechtsdurchsetzung durch die betroffenen Personen zentral. Hierfür stehen den Personen datenschutzrechtliche Ansprüche zu (Ziff. 6.1.1.6), die durch das revidierte DSGVO noch weiter gestärkt werden (Ziff. 6.3.3). Im Übrigen besteht mit dem EDÖB eine Aufsichtsstelle, die über die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben wacht (Ziff. 6.1.1.5). Auch die Kompetenzen des EDÖB baut das revidierte DSGVO aus (Ziff. 6.3.4).

²⁵⁷ Siehe dazu Ziff. 6.3.4.

²⁵⁸ Siehe dazu Ziff. 6.3.5.

²⁵⁹ Art. 63 nDSG.

²⁶⁰ Vgl. insb. Art. 60 und 61 nDSG.

²⁶¹ Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 63.

²⁶² Siehe Ziff. 3.6.

²⁶³ Nach geltendem Recht ist der EDÖB nur in gewissen Fällen einer Datenschutzrechtsverletzung verpflichtet, eine Untersuchung gegen eine Privatperson zu eröffnen; siehe Art. 29 DSGVO sowie Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7090.

²⁶⁴ Der Beauftragte kann von der Eröffnung einer Untersuchung absehen, wenn die Verletzung der Datenschutzvorschriften von geringfügiger Bedeutung ist (Art. 49 Abs. 2 nDSG). Das wäre etwa der Fall, wenn ein Sport- oder Kulturverein allen seinen Mitgliedern eine E-Mail-Nachricht sendet, ohne die Identität der Empfängerinnen und Empfänger zu verbergen. Dasselbe kann auch gelten, wenn der Beauftragte der Auffassung ist, dass die Beratung des Verantwortlichen ausreicht, um eine an sich kaum problematische Situation zu beseitigen; Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7090.

²⁶⁵ Siehe dazu Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 7090.

²⁶⁶ Vgl. Art. 41a Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG), SR 814.01.

²⁶⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 4 Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 über die Reduktion der CO₂-Emissionen (CO₂-Gesetz), SR 641.71.

²⁶⁸ Siehe Ziff. 8.2.2.

8.3 Schlussfolgerung und empfohlene Massnahmen

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.²⁶⁹

Um hinreichende Transparenz bei der Datenbearbeitung sicherzustellen, müssen zunächst die datenschutzrechtlichen Vorgaben eingehalten und durchgesetzt werden. Die Wirtschaftsauskunfteien haben sich an die datenschutzrechtlichen Verpflichtungen zu halten und dabei insbesondere auch die Anforderungen an die Erkennbarkeit und die Informationspflicht zu beachten. Nach dem Inkrafttreten des nDSG müssen die Wirtschaftsauskunfteien sicherstellen, dass sie bei ihren Tätigkeiten auch die neuen und teilweise strengeren Anforderungen erfüllen. Sie sind dafür verantwortlich, dass die betroffenen Personen über die Bearbeitung ihrer Daten hinreichend informiert werden. Dabei würde eine allgemeine Information auf ihrer Website, dass solche Daten beschafft und bekanntgegeben werden, nicht genügen.²⁷⁰

Um die Umsetzung der aktuellen und zukünftigen Vorgaben zu stärken, erachtet der Bundesrat zusätzliche Massnahmen auf freiwilliger und selbstregulierender Basis als geeignet und verhältnismässig.²⁷¹ Dieser Ansatz entspricht auch dem Ziel der DSG-Revision, die Entwicklung der Selbstregulierung und die Eigenverantwortung der Verantwortlichen zu fördern.²⁷² Mögliche Mechanismen, an denen angeknüpft werden kann, sind ein branchenweiter Verhaltenskodex oder die Zertifizierung.²⁷³ Derartige freiwillige Massnahmen sind bereits nach aktueller Rechtslage möglich und werden durch die Revision des DSG noch gestärkt.²⁷⁴ Die vier grossen, in der Schweiz tätigen Wirtschaftsauskunfteien haben im April 2020 gewisse Aspekte der Datenbearbeitung in einem Verhaltenskodex geregelt.²⁷⁵ Der Bundesrat begrüsst diese Entwicklung als ersten Schritt in die richtige Richtung. Die entsprechenden punktuellen Regelungen tragen dazu bei, die Transparenz der Datenbearbeitung zu erhöhen. Eine Ergänzung des Kodex könnte die Transparenz allerdings noch weiter und insbesondere umfassender verbessern.

Auf Grundlage der genannten Ausführungen schlägt der Bundesrat – zusätzlich zu den bereits verschärften Regelungen im nDSG – vor, an der Möglichkeit eines branchenweiten Verhaltenskodex anzuknüpfen bzw. den bestehenden Kodex der Wirtschaftsauskunfteien – im Sinne der nachfolgenden Ausführungen – zu ergänzen. Ein gemeinsamer, umfassender Kodex trägt dazu bei, dass sich die Wirtschaftsauskunfteien an den gleichen Regeln orientieren und durch die Veröffentlichung dieser Regeln auch die Transparenz gegenüber

²⁶⁹ Siehe Ziff. 8.2.2.

²⁷⁰ Siehe dazu die Ausführungen unter Ziff. 6.3.2.1.

²⁷¹ Ein Beispiel für eine funktionierende Selbstregulierung findet sich im Konsumkreditwesen, wo der Gesetzgeber die gewerbmässig tätigen Kreditgeberinnen verpflichtet hat, die Umschreibung der nach Artikel 36a Absatz 1 KKG unzulässigen aggressiven Werbung in einer privatrechtlichen Vereinbarung vorzunehmen (Art. 36a Abs. 2 KKG). Die gestützt auf diese Bestimmung von den Branchenverbänden ausgearbeiteten Vereinbarungen sind für die Verbandsmitglieder verbindlich. Ihre Einhaltung wird durch die Schweizerische Lauterkeitskommission überwacht. Der Bundesrat hat die Konventionen nach einer entsprechenden Prüfung als hinreichend klar beurteilt; siehe Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. Juni 2016, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-62253.html> (Stand: 07.04.2021).

²⁷² Siehe zu diesem Ziel Botschaft E-DSG (Fn. 134), BBl 2017 6969, 6973.

²⁷³ Auch Branchenvereinbarungen zwischen den Unternehmen erachtet der Bundesrat als angemessene Form zur Problemlösung, siehe Ziff. 8.2.3.

²⁷⁴ Siehe dazu Ziff. 6.1.1.5 und 6.3.6.

²⁷⁵ Siehe zum Inhalt des Verhaltenskodex Ziff. 6.2 sowie die Ausführungen weiter hinten.

den betroffenen Personen und der Öffentlichkeit gestärkt wird.²⁷⁶ Hierzu ist zu beachten, dass sich der aktuelle Verhaltenskodex auf das geltende DSGVO bezieht und die Wirtschaftsauskunfteien den Kodex nach Inkrafttreten des revidierten DSGVO allenfalls ohnehin bzw. auch unabhängig von den vorliegenden Empfehlungen des Bundesrates anpassen würden.

Der aktuelle Kodex der vier grossen Wirtschaftsauskunfteien (Bisnode D&B Schweiz AG, Creditreform AG, CRIF AG und Intrum AG) sieht betreffend die Transparenz im Sinne einer Zielvorgabe vor, die Verhaltensregeln würden den betroffenen Privatpersonen Gewähr bieten, dass ihre Daten transparent bearbeitet werden.²⁷⁷ Auch geht aus dem Kodex hervor, welche Daten die Wirtschaftsauskunfteien zur Identifikation und zur Bonitätsprüfung bearbeiten und auf die Bearbeitung welcher Daten sie verzichten.²⁷⁸ Im Übrigen enthält der Kodex einige Konkretisierungen in Bezug auf das Auskunftsrecht.²⁷⁹ Hinsichtlich der Bonitätsberechnung verpflichten sich die Wirtschaftsauskunfteien, die Bewertung der einzelnen Bonitätsdaten verhältnismässig vorzunehmen und den Verwendungszweck angemessen zu berücksichtigen. Auch Faktoren wie Alter und Anzahl der Daten, Betrag, Status, usw. müssten angemessen Berücksichtigung finden.²⁸⁰ Im Weiteren hält der Kodex fest, wie lange die Wirtschaftsauskunfteien die Personendaten für die Bonitätsberechnung verwenden dürfen.²⁸¹

Um dem bestehenden Transparenzdefizit hinreichend Rechnung zu tragen, sollte der Verhaltenskodex mit zusätzlichen Regelungen zur Information über die Datenbeschaffung und Datenbekanntgabe ergänzt werden. Der Bundesrat empfiehlt, im Kodex zu präzisieren, welche Vorkehrungen die Wirtschaftsauskunfteien treffen, um die Erkennbarkeit und Information bzgl. der Datenbearbeitung sicherzustellen bzw. zu verbessern. Soweit die Wirtschaftsauskunfteien ihre Informationspflicht überhaupt durch ihre Kundinnen und Kunden erfüllen lassen dürfen, sollten sie – insb. mit Blick auf die Ausweitung der Informationspflicht nach dem revidierten DSGVO – zumindest darlegen, welche Kontrollmassnahmen sie ergreifen, um sich zu vergewissern, dass ihre Kundschaft die betroffenen Personen tatsächlich informiert. Im Kodex könnten entsprechende Sorgfaltspflichten vereinbart werden.

Im Weiteren sollten die Wirtschaftsauskunfteien im Kodex präzisieren, welche Art von Daten mit welcher ungefähren Gewichtung in die Berechnung des Score-Werts einfließen.²⁸² Aktuell verwenden die Wirtschaftsauskunfteien unterschiedliche Variablen und ist es für die betroffene Person nicht transparent, welche Daten von wem mit welcher Relevanz in die Berechnungen miteinbezogen werden. Die erwähnten, im Kodex vorgesehenen Grundsätze der Bonitätsberechnung reichen nicht aus, um hinreichende Transparenz herzustellen. Sie sind sehr allgemein gehalten und wiederholen teilweise lediglich die ohnehin geltenden datenschutzrechtlichen Grundsätze. Zwar führen die Wirtschaftsauskunfteien im Kodex auch verschiedene Datenkategorien auf, welche zur Bonitätsprüfung bestimmt sind.²⁸³ Diese Kategorien (bspw. Zahlungsverhalten, amtliche Meldungen, Daten aus dem Forderungsmanagement oder Bonitätsscore) sind allerdings sehr vage formuliert und weit gefasst. Auch geht aus dem Kodex nicht hervor, welche der Kriterien von den Wirtschaftsauskunfteien tatsächlich berücksichtigt werden und mit welcher ungefähren Gewichtung sie gegebenenfalls in die Berechnungen einfließen. Damit die betroffenen Personen die Bonitätsberechnung besser nachvollziehen können, scheint es dem Bundesrat erforderlich, die zur Prüfung verwendeten

²⁷⁶ Siehe auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 61.

²⁷⁷ Ziff. 4 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

²⁷⁸ Ziff. 7 und 8 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

²⁷⁹ Ziff. 12 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

²⁸⁰ Ziff. 11 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020). Als Beispiel wird aufgeführt, ein Konkurs vor 10 Jahren werde nicht gleich bewertet wie ein Konkurs vor einem Jahr.

²⁸¹ Ziff. 9 und 11 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

²⁸² Siehe auch Bericht Ecoplan (Fn. 10), S. 59 ff.

²⁸³ Siehe Ziff. 7 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

Datenkategorien sowie die Grundsätze der Berechnung präziser festzulegen. Zwar anerkennt der Bundesrat, dass die entsprechende Vereinheitlichung und deren Bekanntgabe nur so weit erfolgen kann, als die Schaffung und Veröffentlichung genereller Massstäbe zulässig und sinnvoll sind. Allerdings ist der Bundesrat der Ansicht, dass auch unter Berücksichtigung der Eigenheiten der einzelnen Wirtschaftsauskunfteien sowie unter Einhaltung des Geschäftsgeheimnisses grundsätzlich die Möglichkeit besteht, bezüglich der Score-Wert-Berechnung im Verhaltenskodex weitere, präzisere Regelungen vorzusehen. Soweit sich die Auskunfteien nicht auf weitere gemeinsame Regelungen zur Berechnung einigen können, sollte im Kodex eine ausdrückliche Verpflichtung aufgenommen werden, wonach jede Wirtschaftsauskunftei – unter Einhaltung des Geschäftsgeheimnisses – die Grundzüge ihrer Berechnung selber zu veröffentlichen hat, z.B. über eine entsprechende Information auf ihrer Website.

Schliesslich sollten die Wirtschaftsauskunfteien ihren Verhaltenskodex mit dem ausdrücklichen Verbot ergänzen, zur Berechnung bzw. Konkretisierung des Score-Wertes persönliche Merkmale (wie zum Beispiel Geschlecht oder Wohngegend), die nicht auf die individuelle Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit der betroffenen Person zugeschnitten sind, miteinzubeziehen. Solche sachfremden Kriterien gefährden sowohl die Nachvollziehbarkeit für die betroffenen Personen als auch die individuelle Richtigkeit der Bonitätsberechnungen. Auch ist die Verwendung dieser Daten zur Bonitätsprüfung unter Umständen nicht verhältnismässig (Ziff. 8.1). Zwar sieht der aktuelle Verhaltenskodex vor, dass sich die Wirtschaftsauskunfteien zur ausschliesslichen Bearbeitung der Datenkategorien "Identifikation" und "Bonitätsprüfung" verpflichten (Ziff. 6.2). Die beiden Kategorien enthalten alsdann je eine Aufzählung von Daten, wobei die persönlichen Merkmale wie bspw. das Geschlecht und die Adresse bei der Kategorie "Identifikation" aufgelistet sind.²⁸⁴ Daraus kann allerdings nicht eindeutig abgeleitet werden, dass diese Merkmale *ausschliesslich* zur Identifikation bearbeitet werden und demnach nicht auch in die Bonitätsprüfung einfliessen dürfen. Der Bundesrat empfiehlt, im Kodex ein entsprechendes Verbot ausdrücklich aufzunehmen.

Überdies empfiehlt der Bundesrat im Allgemeinen, dass der Kodex – wie bisher²⁸⁵ – publiziert bleibt. Nur so haben die betroffenen Personen die Möglichkeit, die Verhaltensregeln zu kennen. Auch trägt die Publikation des Kodex dazu bei, dass sich die Wirtschaftsauskunfteien aus Furcht vor Reputationsschäden an die Regelungen halten.

Zu prüfen wäre weiter, inwieweit es sinnvoll erscheint, dass sich die Wirtschaftsauskunfteien im weiteren Sinne sowie allenfalls auch andere Unternehmen, welche Kreditfähigkeitsprüfungen vornehmen, dem Kodex anschliessen. Ein solcher Anschluss hätte den Vorteil, dass sich die Unternehmen an den gleichen Regelungen orientieren würden, was die Transparenz und Nachvollziehbarkeit für die betroffenen Personen fördern könnte.

²⁸⁴ Siehe Ziff. 7 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).

²⁸⁵ Siehe Ziff. 6 des Verhaltenskodex (Fassung vom 21. April 2020).