

- Whitepaper -

Risikobasierte Zahlartensteuerung im Check-Out datenschutzkonform einbinden

Version | Stand: 2.0 | 27.3.2018

Ansprechpartner: RA Sebastian Schulz ✉ sebastian.schulz@bevh.org ☎ 030-2061385-14

Ein wesentlicher Faktor für den erfolgreichen Vertragsschluss im Internet sind die im Check-Out-Prozess angebotenen Zahlarten. Durch das Anbieten möglichst vieler unterschiedlicher Zahlarten sinkt die Quote der Warenkorbabbrecher nachweisbar signifikant. Neben dem klassischen Bankeinzug und Zahlarten, die unter Einschaltung von Zahlungsdiensten angeboten werden, hat dabei der Kauf auf Rechnung im deutschsprachigen Raum überaus hohe Relevanz: Laut einer Umfrage des Marktforschungsinstituts IFH vom Oktober 2017 begleichen 86,6% der Internetnutzer ihre Rechnung am liebsten erst nach Erhalt der Ware. Die mit diesem Zahlverfahren für den Händler verbundenen Risiken können über Maßnahmen der Risikosteuerung abgemildert werden. Bei der Einbindung dieser Maßnahmen ist auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben Acht zu geben. Die nachfolgenden Ausführungen sind unverbindlich und können eine konkrete Rechtsberatung nicht ersetzen.

A. Problembeschreibung

Wird dem Kunden das Zahlverfahren des Kaufs auf Rechnung gewährt, ist damit für den Distanzhändler ein Ausfallrisiko verbunden. Der Kunde bekommt die Ware zugesandt, er kann diese entsprechend der gesetzlichen Vorgaben prüfen und bei Gefallen innerhalb der vorgegebenen Frist bezahlen oder zurücksenden. Teilweise wird der Händler dabei mit Zahlungsverzügen oder gänzlich unbeglichenen Forderungen konfrontiert. Um dieses, infolge der Möglichkeit der Rückbuchung auch bei Lastschriftverfahren existierende sog. **kreditorische Ausfallrisiko** zu minimieren, gestattet das Gesetz dem Händler eine Risikoprüfung. Anders als bei einer zum Zwecke der Betrugsprävention durchgeführten Identitätsfeststellung ist Gegenstand dieser Risikoprüfung die Bonität des Verbrauchers. Diese Risikoprüfung kann sowohl auf Grundlage intern vorliegender Informationen als auch unter Einbindung externer Dienstleister (Auskunfteien) erfolgen.

Die Zulässigkeit der Durchführung solcher Kontrollen ist an datenschutzrechtlichen Vorgaben zu messen. Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) bzw. die ab Mai 2018 wirksame EU-Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) verlangen an dieser Stelle das Vorliegen eines **Erlaubnistatbestands für die Datenverarbeitung** und ggf. -übermittlung an externe Dienstleister. Grundsätzlich kommen hier die Einwilligung des Verbrauchers oder der gesetzliche Erlaubnistatbestand des berechtigten Interesses in Betracht (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DS-GVO).

Hiervon ausgehend werden nachfolgend **drei Lösungsvarianten** zur datenschutzkonformen Einbindung aktiver Zahlartensteuerung beschrieben, die nach Einschätzung des bevh gleichermaßen rechtmäßig sind. **ACHTUNG:** Folgt man der Auffassung der Datenschutzaufsicht, kann allein über die Einbindung von Variante 2 Datenschutzkonformität hergestellt werden.

B. Lösungsmöglichkeiten

Variante 1 – Einwilligungslösung, ggf. mit optionalem Gastzugang

Im Rahmen der ersten Variante erfolgt die Datenverarbeitung zum Zwecke der Risikoprüfung **auf Basis der Einwilligung** des Betroffenen. Die Einholung einer Einwilligung ist dabei nur dann erforderlich, wenn eine Bonitätsprüfung vor der Auswahl des Bezahlverfahrens durchgeführt werden soll (anderenfalls greift Variante 2, s.u.). Grundgedanke von Variante 1 ist, dass Einwilligungen und gesetzliche Erlaubnistatbestände selbständig nebeneinanderstehende Erlaubnistatbestände sind, die insbesondere keinem qualitativen Stufenverhältnis unterliegen. Kann eine gewünschte Datenverarbeitung nicht auf den einen Erlaubnistatbestand gestützt werden, ist damit noch keine Aussage über die Zulässigkeit der Datenverarbeitung auf Basis des jeweils anderen Erlaubnistatbestands verbunden. Eine andere Betrachtung würde dem Betroffenen in unzulässiger Weise die eigenverantwortliche Ausübung seiner Rechte beschneiden. Grundvoraussetzung für eine einwilligungsbasierte Datenverarbeitung ist dabei stets ein hohes Maß an Transparenz. Nur wenn eine Einwilligung freiwillig und hier v.a. informiert erfolgt, vermag diese eine Datenverarbeitung zu rechtfertigen. Hierauf und auf die weiteren nachfolgend aufgelisteten Punkte ist bei Umsetzung einer einwilligungsbasierten Lösung zu achten.

1. Die Einwilligung muss **zu Beginn des Check-Out-Prozesses** eingeholt werden.
2. Ein Verorten der Einwilligung in den Datenschutzhinweisen ist grundsätzlich zulässig, nach hier vertretener Auffassung aber aus Gründen der Transparenz nicht ratsam. Vorzugswürdig erscheint es vielmehr, die Einwilligung über eine gesonderte **Checkbox** (Opt-In) einzuholen. Sofern nur eine Checkbox für Datenschutzhinweise und Einwilligungserklärung vorgehalten wird, sollte der Umstand der Einholung auch einer Einwilligung in den Datenschutzhinweisen deutlich gemacht werden.

Bsp.: „Ich habe die Datenschutzhinweise gelesen und willige in eine Bonitätsprüfung ein.“ Das Wort Bonitätsprüfung sollte durch einen Deeplink auf den Inhalt der eigentlichen Einwilligungserklärung verlinken. Zusätzlich sollte für diesen Fall ein Hinweis gegeben werden, wie der Verbraucher zu verfahren hat, wenn er zur Abgabe der Einwilligung nicht bereit ist (z.B. Hinweis auf Möglichkeit der Kontaktaufnahme.)

3. Die eigentliche Einwilligungserklärung muss **in einfacher, klar verständlicher Sprache** formuliert sein und mindestens folgende Aspekte beinhalten:

- Hinweis auf den Zweck der Datenverarbeitung (die Bonitätsprüfung)
- Hinweise zum Hintergrund und zum Verfahren einer Bonitätsprüfung
Bsp.: „Unter Verwendung mathematisch-statistischer Verfahren wird ein Wahrscheinlichkeitswert in Bezug auf ihre Bonität ermittelt, aus dem ein eventuelles Zahlungsausfallrisiko prognostiziert werden kann und Ihnen somit in Ihrem Interesse entsprechende Zahlverfahren angeboten werden können.“
- im Falle einer Datenübermittlung: Benennung des Adressaten (die Auskunft)ei)
- sofern zutreffend: Hinweis, ob die externe Anfrage in die Scorewertberechnung der Auskunft)ei einfließt
- Hinweis auf ein jederzeit bestehendes Widerrufsrecht einschließlich Kontaktmöglichkeit; der Hinweis ist drucktechnisch hervorzuheben (Fettdruck o.ä.)

Bsp. für eine Einwilligungserklärung:

„Hiermit willige ich bis auf Widerruf ausdrücklich in die Überprüfung meiner Bonität ein. Meine Einwilligung erteile ich zu dem Zweck, dass mir bereits im Bestellvorgang allein die Zahlungsarten angeboten werden, die ich tatsächlich auch in Anspruch nehmen kann. Zu diesem Zweck werden meine personenbezogenen Daten (Vor- und Nachname, Kundennummer, Rechnungsadresse und das Geburtsdatum) für die Bonitätsprüfung an die **Auskunft)ei XYZ** übermittelt. Die **Auskunft)ei XYZ** ermittelt u.a. unter Einbeziehung von Adressdaten durch bestimmte mathematisch-statistische Verfahren einen Wahrscheinlichkeitswert in Bezug auf meine Bonität. Die Datenschutzerklärung der **Auskunft)ei XYZ** habe ich gelesen. Auf Grundlage des an den **Händler ABC** übermittelten Wahrscheinlichkeitswertes kann dann ein eventuelles Zahlungsausfallrisiko prognostiziert werden. **Mir ist bewusst, dass ich diese Einwilligung jederzeit kostenfrei und mit Wirkung für die Zukunft schriftlich oder per Email an datenschutz@haendler_abc.de widerrufen kann.**“

Der Passus „Datenschutzerklärung der Auskunft)ei XYZ“ ist entsprechend zu verlinken. In Printmedien sollte die URL angegeben werden.

4. Aufnahme und Erläuterung des Verfahrens in den **Datenschutzhinweisen**

HINWEIS 1: Die Vorgaben der DS-GVO werden am 25.5.2018 wirksam. Zu beachten ist dann auch das in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO normierte **allgemeine Kopplungsverbot**. Hiernach darf die Erfüllung eines Vertrages nicht von der Einwilligung des Betroffenen in weitere, für die Vertragsabwicklung nicht erforderliche Datenverarbeitungen abhängig gemacht werden. Ob auch Einwilligungen in Bonitätsprüfungen unter dieses Kopplungsverbot fallen werden, ist noch nicht abzusehen. Nach hier vertretener Auffassung ist dies nicht der Fall. Bei dem Abschluss von Kaufverträgen im Distanzhandel zählt die Wahl des Bezahlfahrens zu den essentiell wichtigen Vertragsbestandteilen. Die aus anderen Gesetzen (z.B. § 130 OWiG) vorgegebene Einrichtung von Prozessen zur Risikominimierung, so etwa zur Verhinderung von Zahlungsausfällen, kann das Einholen einer hierauf gerichteten Einwilligung nicht als nicht für die Vertragsabwicklung erforderlich erscheinen lassen.

Da nicht auszuschließen ist, dass einzelne Aufsichtsbehörden gleichwohl von einer unzulässigen Kopplung ausgehen werden, ist es zumindest bis zum Zeitpunkt erster behördlicher bzw. gerichtlicher Entscheidungen angezeigt, dem Verbraucher neben der eben beschriebenen Variante **zusätzlich und gut auffindbar** die Möglichkeit zu eröffnen, über einen „**Gastzugang**“ den Kaufprozess abzuschließen. Im Rahmen der Abwicklung über diesen Gastzugang wären dem Verbraucher allein solche Zahlverfahren anzubieten, die kein kreditorisches Risiko mit sich bringen. Als Folge dessen findet hier keine Bonitätsprüfung statt, eine Einwilligung darin erübrigt sich.

HINWEIS 2: Einige Aufsichtsbehörden vertreten ohnehin die Auffassung, dass die **Einwilligung prinzipiell nicht als Rechtsgrundlage** herangezogen werden kann. Begründet wird diese Auffassung damit, dass einerseits in Fällen, in denen sich der Kunde letztlich für ein Zahlverfahren ohne kreditorisches Ausfallrisiko entscheidet, weder eine Erforderlichkeit für die Einwilligung noch für die Bonitätsabfrage gegeben sei. Darüber hinaus genüge eine in AGB eingeholte Einwilligungserklärung „vermutlich“ nicht den inhaltlichen Anforderungen an AGB (§§ 307f. BGB). Dem kann entgegengehalten werden, dass erstens die DS-GVO das Korrektiv der „Erforderlichkeit“ im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Einholung einer Einwilligung nicht kennt und zweitens die Verortung einer Einwilligung in anderen Erklärungen durch die DS-GVO ausdrücklich zugelassen wird. Am Ende wird auch hier ein Gericht zu entscheiden haben.

Variante 2 – Berechtigtes Interesse (tatsächliches kreditorisches Risiko)

Die seitens der Datenschutzaufsicht mehrheitlich befürwortete Variante baut allein auf einer Datenverarbeitung **auf Grundlage des gesetzlichen Erlaubnistatbestands** des berechtigten Interesses im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DS-GVO auf. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass nach Einschätzung der Datenschutzaufsichtsbehörden eine Datenverarbeitung auf gesetzlicher Grundlage aber nur dann zulässig ist, wenn das durch den Verbraucher ausgewählte Zahlverfahren tatsächlich ein kreditorisches Risiko mit sich bringt. Der Verbraucher muss dabei **vor** seiner Auswahl transparent und

verständlich darauf hingewiesen werden, welche Zahlungsmittel eine Bonitätsabfrage nach sich ziehen. Praktisch umgesetzt wird diese Vorgabe im Online-Shop durch

- die **Kennzeichnung der Zahlverfahren**, die mit einem kreditorischen Risiko verbunden sind, ergänzt um den Hinweis, dass bei Auswahl dieser Bezahlverfahren eine Bonitätsprüfung erfolgt (etwa durch einen Klammer- oder Sternchenhinweis),
- technische Durchführung der Bonitätsprüfung erst in dem Fall, in dem der Verbraucher ein Zahlverfahren mit einem kreditorischen Risiko ausgewählt hat,
- Aufnahme und Erläuterung des Verfahrens in den **Datenschutzhinweisen**.

Variante 3 – Berechtigtes Interesse (scorewertneutrales Anfragemerkmal)

Der vorstehend beschriebenen und durch die Aufsichtsbehörden vertretenen Variante liegen **zwei wesentliche Annahmen** zugrunde.

1. Erst nach Auswahl eines Zahlverfahrens, mit dem tatsächlich ein kreditorisches Ausfallrisiko verbunden ist, soll ein gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DS-GVO **erforderliches berechtigtes Interesse** des Onlinehändlers vorliegen. Das wirtschaftliche Interesse des Onlinehändlers, auf Seiten der Verbraucher Frustration zu vermeiden, wird durch die Aufsichtsbehörden nicht anerkannt. Dass es zu solchen Frustrationsmomenten auf Seiten der Verbraucher kommen kann, namentlich dann, wenn zunächst bspw. der Kauf auf Rechnung als bevorzugtes Zahlverfahren ausgewählt, aufgrund fehlender Bonität dieses Zahlverfahren dann aber im Nachhinein wieder abgelehnt wird, ist anhand von A/B-Tests genauso belegbar wie die darüber zu beklagenden Umsatzausfälle infolge des Abbruchs des Kaufprozesses.
2. Bereits der **Umstand der Bonitätsanfrage** fließt nach dem Vorbringen der Aufsichtsbehörden bei einer Auskunft in die Berechnung des Scorewertes ein, üblicherweise mit für den Verbraucher negativen Folgen. Dann aber ergebe die allgemeine Interessenabwägung ein überwiegendes Ausschlussinteresse des Verbrauchers an der Datenverarbeitung in Form der Übermittlung an die Auskunft.

Bewertung:

Zu 1.: Nach hier vertretener Auffassung ist die unter 1. dargestellte Auffassung der Aufsichtsbehörden zu eng. Nach sonst allgemeiner Auffassung gilt auch ein nachweisbares wirtschaftliches Interesse als berechtigtes Interesse im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DS-GVO.

Zu 2: Wird z.B. durch Vertrag mit der Auskunftsteilnehmerin oder bereits durch die Auswahl eines von einigen Auskunftsteilnehmern bereits heute angebotenen Produktes von vornherein ausgeschlossen, dass der Umstand der Bonitätsanfrage in die Scorewertberechnung (negativ) einfließt, kann die vorstehend unter 2. dargestellte Kritik der Datenschutzaufsicht nicht aufrecht erhalten bleiben. Datenschutzrechtlich stellt sich die Bonitätsanfrage für den Verbraucher dann als neutral dar, jedenfalls soweit auch der Onlinehändler den Umstand der (negativen) Bonitätsauskunft dem Kundenkonto des Verbrauchers nicht hinzuspeichert.

Ausgehend von den vorstehenden Ausführungen kann nach hier vertretener Auffassung eine risikobasierte Zahlartensteuerung bei Einhaltung folgender Aspekte auf Grundlage der allgemeinen Interessenabwägungsklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DS-GVO durchgeführt werden, ohne dass der Verbraucher zunächst ein Zahlverfahren mit kreditorischem Risiko vorausgewählt hat:

- **Nutzung eines scorewertneutralen Anfragemerkmals**, d.h. kein Hinzuspeichern des Umstands der Bonitätsanfrage durch die beauftragte Auskunftsteilnehmerin,
- **kein Hinzuspeichern** der (negativen) Bonitätsauskunft zum Kundenkonto durch den Onlinehändler,
- transparente **Darstellung des Verfahrens in der Datenschutzerklärung**.

Abschließend sei noch einmal darauf hingewiesen, dass die Aufsichtsbehörden das vorstehend beschriebene Verfahren ablehnen. Für welche Rechtsauffassung sich ein Gericht letztlich aussprechen wird, kann heute nicht vorhergesagt werden.