

Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht

Anlegerschutz | Konsumentenkredit | Versicherung | private Altersvorsorge
Verbraucherinsolvenz | Verbraucherschutz

Herausgegeben von

Prof. Dr. Marina Tamm

Assoc. Prof. Dr. Peter Rott

Prof. Dr. Joachim Bornkamm

Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer

Prof. Dr. Tobias Brönneke

Dr. Friedrich Bultmann

Prof. Dr. Dörte Busch

Prof. Dr. Peter Derleder

Prof. Dr. Stefan Ernst

Prof. Dr. Günter Hirsch

Dr. Günter Hörmann

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Arne Maier

Dr. Rainer Metz

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Prof. Dr. Astrid Stadler

Dr. Achim Tiffe

Prof. Dr. Klaus Tonner

Aus dem Inhalt

Editorial

„Manche sind gleicher“

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Berlin

45

Aufsätze

**Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucher-
angelegenheiten – Bestandsaufnahme und
Maßnahmenpaket der EU für 2014/2015**

Edgar Isermann und Christof Berlin, Berlin

47

**Die Speicherung des Negativmerkmals „Restschul-
befreiung“ in einer Auskunft**

RA Dr. Stephan Gärtner und RA Sven Tintemann, Berlin

54

Rechtsprechung

Bankrecht

**Werbung für Kapitalanlagen: Prospekthaftung eines
früheren Spitzenpolitikers**

BGH, Urt. v. 17.11.2011, Az.: III ZR 103/10

bearbeitet von RA Arne Maier, Esslingen

58

IT-Recht

**Vorzeitige Beendigung einer Internetauktion wegen Verlusts
des Verkaufsgegenstandes**

BGH, Urt. v. 08.06.2011, Az.: VIII ZR 305/10

bearbeitet von Dr. Stephan Ott, München

67

Verbraucherinsolvenzrecht

Rückschlagsperre im Verbraucherinsolvenzverfahren

AG Duisburg, Beschl. v. 11.10.2011, Az.: 62 IK 374/10

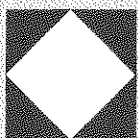
bearbeitet von Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Halle/Saale

69

2/2012

Jahrgang 27 | Seiten 45–84

ISSN 0930-8369



Nomos

E. Ausblick

Der vorgestellte Entwurf des Maßnahmenpakets wird nun im Europäischen Parlament und im Rat der EU beraten und ggf. modifiziert werden. Als „prioritäre Aktion“ der Binnenmarktakte soll das Paket bis Ende 2012 angenommen werden. Für die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht werden die Mitgliedstaaten anschließend 18 Monate Zeit haben, so dass ab der zweiten Hälfte 2014 ein flächen- und sektorendeckendes Netz an ADR-Stellen bestehen könnte.

Diese Rechtsentwicklung könnte nicht nur Kosten und Ärger bei den beteiligten Verbrauchern und Unternehmen sparen, sondern auch zu einer Veränderung der Streitbeilegungskultur in Europa beitragen. Wie weitgehend und konsequent dies erfolgt, wird sich im weiteren Gesetzgebungsverfahren und der anschließenden rechtlichen und tatsächlichen Umsetzung in den Mitgliedstaaten zeigen.

Die Speicherung des Negativmerkmals „Restschuldbefreiung“ in einer Auskunftfei

Von RA Dr. Stephan Gärtner und RA Sven Tintemann, Berlin*

A. Einführung

Die Verfasser beobachten in der Rechtspraxis, dass deutsche Auskunftfeien frei nach Mark Twains Kurzgeschichte „The £ 1,000,000 Bank-Note“¹ bei der Beurteilung einstiger Verbraucherinsolvenzschuldner ihren „größten Bluff“² lancieren. Wenn auch unter einer umgekehrten Prämisse. Denn keineswegs werden hier mittellose Personen als kreditwürdig dargestellt; vielmehr verhält es sich umgekehrt.

In concreto: Ein Betroffener durchläuft die Verbraucherinsolvenz, insbesondere die schwierige, sechsjährige Wohlverhaltensperiode. Allein im Jahr 2010 war dies für 108.798 Menschen Lebensrealität³. Am Ende dieser schwierigen Phase steht die Restschuldbefreiung. Kurz nach dem hiermit verbundenen Neustart veröffentlicht das Insolvenzgericht in einem Online-Portal, dass der Verbraucher gerade eine Insolvenz hinter sich gebracht hat. Die Auskunftfeien recherchieren und teilen dies sämtlichen künftigen Vertragspartnern des Verbrauchers mit. Unabhängig von der Frage, ob der Verbraucher nun kreditwürdig oder kreditunwürdig ist, empfinden die Informationsempfänger dies als Warnsignal und meiden diese Person. Mithin kann auch einem aktuell kreditwürdigen Altschuldner drohen, als kreditunwürdig dargestellt zu werden. Das wäre – mit Verlaub – ein gewaltiger Bluff.

Gegen diese Recherchepraxis der Auskunftfeien sprechen allerdings bisher kaum beachtete europa- und datenschutzrechtliche Bedenken, die dieser Beitrag zu erörtern sucht. Letztlich stellt sich die Frage, ob durch den Bluff der Auskunftfeien nicht der Anreiz verloren geht, mit der Verbraucherinsolvenz etwas für die eigenen Gläubiger zu tun. Ist diese Auskunftfeienpraxis, die sich als gläubigerschützend einstuft, am Ende des Tages nicht mehr als ein Bären dienst für die Gläubiger?

B. Die Rechtstatsachen

Die vorab skizzierten Fragen haben ihren Ursprung im Tatsächlichen. Eine aufrichtige Betrachtung der Rechtslage setzt daher

einen rechtstatsächlichen Vorspann voraus. Den Verfassern erscheint es daher ratsam, drei Sachverhalte in tatsächlicher Hinsicht vorzustellen: Die Verbraucherinsolvenz (1.), die Auskunftfeien (2.) und die Auswirkungen von Negativeinträgen auf die Betroffenen (3.).

I. Die Verbraucherinsolvenz

Die Insolvenzordnung⁴ eröffnet seit 1999 zahlungsunfähigen natürlichen Personen den Weg in die Schuldenfreiheit. Noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens muss der Schuldner ernsthaft versuchen, eine außergerichtliche Einigung mit seinen Gläubigern herbeizuführen.⁵ Scheitert dieser Versuch, was meist der Fall ist, kann der Schuldner beim Insolvenzgericht die Verbraucherinsolvenz beantragen. In vielen Fällen schließt sich an diese Phase das vereinfachte Insolvenzverfahren an. Schlussendlich mündet dieses Verfahren in die Wohlverhaltensperiode, in der sämtliches pfändbares Einkommen an einen Treuhänder geht und an deren Ende die Restschuldbefreiung stehen kann. Das öffentlich-rechtliche Internetforum www.insolvenzbe-kanntmachungen.de veröffentlicht die Information „Restschuldbefreiung“ nebst weiteren personenbezogenen Schuldnerdaten für einen sechsmonatigen Zeitraum.⁶

* RA Dr. Gärtner ist Juniorpartner in der Sozietät illex in Berlin. Rechtsanwalt Tintemann ist Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht und Partner der Kanzlei Dr. Schulte und Partner in Berlin.

1 Derzeit erhältlich: „Die Eine-Million-Pfund-Note und andere Erzählungen“, Diogenes Verlag; Auflage: 3., Aufl. (2006).

2 So lautet die deutsche Übersetzung des hierauf basierenden Kinofilms.

3 <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/UnternehmenGewerbelnsolvenzen/Insolvenzen/Tabellen/Content50/UnternehmenSchuldner,templateId=renderPrint.psml>.

4 Insolvenzordnung vom 05.10.1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 09.12.2010 (BGBl. I S. 1885).

5 § 305 Absatz 1 Nr. 1 InsO.

6 Rechtsgrundlage ist die Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet (BGBl. I S. 677), zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 13.04.2007 (BGBl. I S. 509).

Zunächst machten nur wenige Verbraucher von diesem Verfahren Gebrauch, da vor allem die Verfahrenskosten zu hoch waren.⁷ Als der Gesetzgeber jedoch die Möglichkeit einer Stundung dieser Kosten einführte, stiegen die Zahlen stark an. 2008 zählte das Statistische Bundesamt 98.140 Verbraucherinsolvenzen, im Folgejahr 101.102 und 2010 sogar 108.798.⁸ Allein im Januar und Februar 2011 ereigneten sich 16.584 Insolvenzen von Verbrauchern.⁹ Hierin mag – im Vergleich zum Vorjahreszeitraum – ein Rückgang von 1,9 % liegen, womit ein positiver Trend fortgesetzt wird. Gleichwohl wird deutlich, dass hier Veränderungen auf „hohem Niveau“ geschehen und die Verbraucherinsolvenz für zahlreiche Betroffene Alltag bedeutet.

II. Auskunfteien

Während die breite Öffentlichkeit diese letzte Warnung vor den nun restschuldbefreiten Insolvenzschuldnern (www.insolvenzbekanntmachungen.de) völlig übersieht, sind die dort veröffentlichten Informationen für sog. Auskunfteien sehr interessant und lukrativ verwertbar.

Ein global gültiger Auskunfteienbegriff scheiterte bislang vor allem an kulturellen, wirtschaftlichen und rechtlichen Unterschieden der verschiedenen Rechtsordnungen. Nach *Frederico Ferretti* ist eine Auskunftei eine unabhängige Organisation, die dem privaten Sektor angehört, eine Vielfalt von Finanzdaten über Einzelpersonen sammelt sowie Datenbanken erstellt und verwaltet, welche Informationen zum individuellen Zahlungsverhalten, zu finanziellen Transaktionen, zu Kreditbeanspruchungen und zu vergleichbaren Sachverhalten enthalten. Diese Daten, aber auch Informationen aus anderen Quellen, werden an solche Stellen weitergeben, die kredit- oder kreditähnliche Dienstleistungen anbieten.¹⁰ Ein alternativer Ansatz, der von einem der Verfasser erarbeitet wurde, bedient sich einer Analogie zum produzierenden Gewerbe.¹¹ „Hiernach erhält eine Auskunftei einen unbearbeiteten Rohstoff, das Bonitätsdatum. Dieser Rohstoff wird durch eine Software, welche wie ein Fließband funktioniert, bearbeitet. Dadurch entsteht das Endprodukt in Form einer umfangreichen Bonitätsinformation, die eine Zahlungsprognose ermöglicht. Dieses Produkt wird an die ‚Endverbraucher‘ – also hier die Kreditgeber, die prüfen wollen, ob sie einem Kunden eine Dienstleistung anbieten können – verkauft. Auskunfteien sind demnach Informationsfabriken, die den Rohstoff Bonitätsdatum zu dem Produkt einer umfangreichen Zahlungsprognose verarbeiten und dann an Kreditgeber zum Risikomanagement übermitteln.“¹²

Die deutschen Auskunfteien stehen in der Kritik. In einer vom Bundesministerium für Landwirtschaft, Ernährung und Verbraucherschutz in Auftrag gegebenen Forschungsstudie wurde herausgestellt, dass etwa 45 % der beim Marktführer SCHUFA¹³ gespeicherten Daten fehlerhafte, unvollständige oder falsche Eintragungen aufweisen¹⁴. Auch insgesamt sei es schlecht um die Datenqualität bei deutschen Auskunfteien bestellt.¹⁵

III. Auswirkungen von Negativeinträgen auf die Betroffenen

Es sind diese Auskunfteien, die nach Veröffentlichung der Restschuldbefreiung unter www.insolvenzbekanntmachungen.de

diese Information in ihre Datenbank aufnehmen. Die Information Restschuldbefreiung wirkt sich in der Regel nachteilig auf die Bonitätsbewertung des Betroffenen aus. Zu diesem Ergebnis gelangte etwa *Ernst Ungerer* durch seine Erfahrungen als Justitiar der Verbraucherzentrale Berlin e.V.¹⁶ Ferner sind die negativen Folgen der Information „Restschuldbefreiung“ Gegenstand diverser gerichtlicher Entscheidungen.¹⁷

Die Folgen einer negativen Bonitätsbewertung können fatal sein. Das Spektrum reicht von leichten Beeinträchtigungen bei laufenden Verträgen bis hin zur Nichtgewährung einer Wohnung oder eines Anstellungsverhältnisses.¹⁸

Diese Auswirkungen sind vergleichbar mit dem Leben in der Wohlverhaltensperiode. Verlängert sich also die Zeit der Askese um mindestens drei weitere Jahre durch einen Eintrag des Datums der Restschuldbefreiung?

C. Zulässigkeit der Recherche- und Auskunftspraxis

Vor diesem Hintergrund werfen die Verfasser die Frage auf, ob die bisher übliche Recherche- und Auskunftspraxis zulässig ist. Diese Rechtsfrage haben die Verfasser anhand des Datenschutzrechts, insbesondere des hier anwendbaren Bundesdatenschutzgesetzes überprüft.

- 7 *Angele/Frank-Bosch/Neuhäuser*, „Überschuldung privater Personen und Verbraucherinsolvenzen“, abrufbar unter: <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Querschnittsveroeffentlichungen/WirtschaftStatistik/UnternehmenGewerbeanzeigen/UeberschuldungVerbraucherinsolvenzen,property=file.pdf>.
- 8 Statistisches Bundesamt: „Insolvenzen von Unternehmen und Übrigen Schuldnern“, abrufbar unter: <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/UnternehmenGewerbeinsolvenzen/Insolvenzen/Tabellen/Content50/UnternehmenSchuldner,templateId=renderPrint.psml>.
- 9 Statistisches Bundesamt: „Pressemitteilung Nr.185 vom 12.05.2011“, abrufbar unter: http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2011/05/PD11_185_52411.psml.
- 10 *Ferretti*, *The Law and Consumer Credit Information in the European Community – The Regulation of Credit Information Systems*, Routledge-Cavendish, 2008, Seite 9.
- 11 *Gärtner*: *Harte Negativmerkmale auf dem Prüfstand des Datenschutzrechts. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem, englischem und österreichischem Recht.*, 2011, Seite 39.
- 12 *Gärtner*, aaO (s.o. Fn. 11).
- 13 Schufa Holding AG.
- 14 „Verbraucherinformationen Scoring“, Bericht im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (GP Forschungsgruppe, INSTITUT FÜR GRUNDLAGEN- UND PROGRAMMFORSCHUNG), Seite 14; abrufbar unter: <http://www.bmelv.de/SharedDocs/Downloads/Verbraucherschutz/FinanzenVersicherungen/Scoring.pdf?blob=publicationFile>.
- 15 „Verbraucherinformationen Scoring“, Bericht im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (GP Forschungsgruppe, INSTITUT FÜR GRUNDLAGEN- UND PROGRAMMFORSCHUNG), Seite 25.
- 16 Folgen des Verbraucherinsolvenzverfahrens für die zukünftige Kreditwürdigkeit - Erfahrungen der Verbraucherzentrale Berlin e.V. in FPR 2006, Seiten 81-82. Dort berichtet der Verfasser von einer Bankenpraxis, dem Verbraucher nach Restschuldbefreiung die Eröffnung eines Girokontos zu verwehren.
- 17 *pars pro toto*: OLG Frankfurt Beschl. v. 01.09.2009, Az.: 21 U 45/09. Dort heißt es: „erschöpft sich sein Interesse an der Löschung bzw. vorübergehenden Ausblendung des Eintrags darin, einen Kredit zu einem nicht erhöhten Zinssatz zur Immobilienfinanzierung aufnehmen zu können, da ihm nach seinem Vortrag von der Bank aufgrund der Einträge nur ein Kredit zu einem erhöhten Zinssatz von über 4 % in Aussicht gestellt worden sei bzw. eine Finanzierung nur über den Dispositionskredit erfolgen könne.“
- 18 *Gärtner*, aaO (s. o. Fn. 11), Seite 69.

I. Datenschutzrecht (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)

Die Recherche der Information „Restschuldbefreiung“ stellt eine Datenerhebung i.S.v. § 3 Abs. 3 BDSG und die anschließende Übernahme in die eigene Datenbank eine Datenverarbeitung i.S.v. § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG dar.

Es stellt sich also die Frage, ob Erhebung und Verarbeitung dieser Information rechtmäßig ist. Nach der Struktur des Bundesdatenschutzgesetzes bemisst sich die Zulässigkeit des Negativeintrages nach einem Regel-Ausnahme-Prinzip, das in § 4 Abs. 1 BDSG niedergelegt ist. Nach dem dort geregelten Grundsatz des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten verboten (Regel), sofern nicht eine spezielle Erlaubnis durch Rechtsnorm bzw. durch den Betroffenen selbst erteilt ist (Ausnahme).¹⁹ Im Ergebnis sind Erhebung und Verarbeitung der Information „Restschuldbefreiung“ also rechtswidrig, es sei denn hierfür gäbe es ausnahmsweise eine Rechtsgrundlage.

II. Erlaubnisgrund (§ 29 Abs. 1 BDSG)

Hiervon ausgehend, kommen allein § 29 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BDSG als Erlaubnisgründe in Betracht.²⁰ Mit anderen Worten: Nur wenn die Voraussetzungen der § 29 Abs. 1 Nrn. 1 oder 2 BDSG vorliegen, ist die Speicherung der Daten zur Restschuldbefreiung zulässig. Liegen dessen Voraussetzungen nicht vor, tritt der Regelfall des § 4 Abs. 1 BDSG ein, wonach die Speicherung unzulässig und durch eine Löschung zu korrigieren ist.

1. Anwendbarkeit des § 29 BDSG und entgegenstehendes Europarecht

Bereits der sachliche Anwendungsbereich des einzig in Betracht kommenden Erlaubnisgrundes (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 2 BDSG) ist jedoch nicht eröffnet. Dem steht zwingendes EU-Sekundärrecht entgegen.

§ 29 Abs. 1 BDSG – dies gilt sowohl für Nr. 1 als auch Nr. 2 – ist unter Berücksichtigung der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr²¹ (EU-Datenschutzrichtlinie) auszulegen. Sein Anwendungsbereich kann nur eröffnet sein, wenn dem nicht der Inhalt der Richtlinie entgegensteht.

Eine historische Auslegung des zentralen Artikels 7 der EU-Datenschutzrichtlinie, der eine abschließende Nennung in Betracht kommender Erlaubnisgründe enthält, führt geradewegs zu dem Ergebnis, dass § 29 BDSG dann nicht anwendbar ist, wenn es um die Recherche von Insolvenzdaten aus einem öffentlichen Register zum Zwecke der Bonitätsanalyse geht.

Zunächst enthielt die Richtlinie in einem Entwurfsstadium einen – heute nicht mehr bekannten – Erlaubnisgrund, der es zuließ, dass Auskunftfeien Daten, die aus allgemein zugänglichen Quellen stammen, ohne weiteres verarbeiten dürfen²², insbesondere zum Zwecke der Bonitätsauskunft²³. Mit anderen Worten: Der europäische Gesetzgeber wollte den Nationalstaaten aufgeben, eine Recherchepraxis zu legalisieren, in der etwa Auskunf-

teien aus öffentlichen Verzeichnissen Insolvenzdaten entnehmen und weiterverarbeiten dürfen.

Diese Erlaubnisnorm wurde aber ersatzlos gestrichen. Zur Begründung führte der Richtliniengeber aus, „dass in bestimmten Fällen allgemein zugängliche Quellen empfindliche personenbezogene Daten enthalten können. Darüber hinaus sind die Daten in den meisten Fällen für spezielle Zwecke verarbeitet worden und sollten deshalb nicht für andere Zwecke benutzt werden [...]“.²⁴ Hiermit hat „Brüssel“ klargestellt, dass die Entnahme von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen zur Gewinnung von Bonitätsinformationen nicht mit seinem Rechtsverständnis über das informationelle Selbstbestimmungsrecht vereinbar ist.

Mithin kann § 29 Abs. 1 BDSG die Übernahme von Daten aus öffentlichen Verzeichnissen in den eigenen Datenbestand keineswegs rechtfertigen. Vielmehr bleibt eine solche Datenübernahme rechtswidrig, wenn keine Einwilligung des Betroffenen vorliegt.

2. Dauer der Speicherungsbefugnis

Die Verfasser sind sich der Tatsache bewusst, dass insbesondere der 21. Zivilsenat des Oberlandesgerichtes Frankfurt diese Auffassung – als erklärter Fürsprecher dieser Recherchepraxis²⁵ – dem Richtlinienargument nicht gefolgt ist. Daher werfen die Verfasser die Frage auf, ob die Speicherungsbefugnis nicht wenigstens zeitlich zu begrenzen ist. Letzterer Ansatz wendet sich vornehmlich gegen eine Anwendung des § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG.

Ansatzpunkt ist, dass diese Erlaubnisnorm u.a. voraussetzt, „dass die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können“. Hierbei sticht ins Auge, dass der Gesetzgeber das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Abrufbarkeit im Präsens formuliert hat. Denn dort heißt es: „entnommen werden können“. Mit anderen Worten: Soll eine Erhebung oder Verarbeitung auf § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gestützt werden, muss das jeweilige personenbezogene Datum zu dem Zeitpunkt, in dem die Erhebung oder Verarbeitung erfolgt, aktuell in öffentlichen Verzeichnissen recherchierbar sein.

Zum Zeitpunkt der Erhebung ist dies noch der Fall. Doch die längerfristige Speicherung ist problematisch. Denn die Auskunftfeien behalten die Information „Restschuldbefreiung“ länger in ihren Datenbanken als diese öffentlich abrufbar ist. Sobald aber

19 vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 10. Auflage, 2010, § 4, Rn. 3, Spindler/Schuster-Spindler/Nink, *Recht der elektronischen Medien*, 1. Auflage 2008, § 4 BDSG, Rn. 4.

20 so etwa: OLG Frankfurt, Beschl. v. 01.09.2009, Az.: 21 U 45/09.

21 ABl. EG Nr. L 281 S. 31–50; umgesetzt in Deutschland durch das Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze vom 18.05.2001 (BGBl. I S. 904). Die Richtlinie ist abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:de.html>.

22 *Ehmann/Helfrich*, *Kurzkommentar zur EU DSRL*, 1999, Art. 7, Rn. 28f.

23 Änderungsantrag Nr. 30 in: Bericht des Ausschusses für Recht und Bürgerrechte [sog. Hoon-Report] vom 15.01.1992, S. 18 sowie Änderung Nr. 30 des vom Europäischen Parlament geänderten Textes des ersten Vorschlags für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, ABl. EG Nr. C 94 v. 13.04.1992, S. 173 (181).

24 Begründung zum geänderten Vorschlag der Kommission, ABl. EG Nr. C 311 v. 27.11.1992, S. 17.

25 OLG Frankfurt, Beschl. v. 01.09.2009, Az.: 21 U 45/09.

ein Datum nicht mehr öffentlich abrufbar ist, entfällt nach der hier vertretenen strengen Wortlautauslegung auch die Erlaubniswirkung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. Denn nach der oben ausgebreiteten Wortlautanalyse kann eine Verarbeitung nur dann auf § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gestützt werden, wenn das jeweilige personenbezogene Datum zu dem Zeitpunkt, in dem die Erhebung oder Verarbeitung erfolgt, aktuell in öffentlichen Verzeichnissen recherchierbar ist.

Verfehlt wäre nun die Annahme, dass die Rechtmäßigkeit der Erhebung auf die Speicherung durchschlägt, mithin, dass es allein auf den Zeitpunkt der Erhebung ankommt. Denn hätte der Gesetzgeber ein solches Ergebnis gewollt, hätte er formuliert: „entnommen werden konnte“.

Der unaufmerksame Leser könnte aus der BT-Drs. 15/181, Seite 4²⁶ zwar das Gegenteil schließen. Dem treten die Verfasser aber entschieden entgegen. Dort deutet der Gesetzgeber an, dass es möglicherweise auf den Zeitpunkt der Erhebung ankomme. Diese Aussage relativiert der Gesetzgeber jedoch zugleich, wenn er ausführt: „Andererseits wird die Auffassung vertreten, dass Daten nur dann allgemein zugänglich seien, wenn sie im Zeitpunkt der Tat allgemein zugänglich seien; dies sei bei nur zeitweise allgemein zugänglichen Daten außerhalb dieses Zeitraums in der Regel [...] nicht der Fall (Dammann, in: Kommentar zum BDSG, 4. Auflage, § 43, Rn. 14). Nur wenn man mit dieser Ansicht davon ausgeht, dass die (ausschließlich) im Internet öffentlich bekannt gemachten Daten nach ihrer Löschung nicht mehr allgemein zugänglich im Sinne des BDSG sind, könnte die weitere Verbreitung dieser nicht mehr allgemein zugänglichen Daten als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, sofern etwa ein Fall der unbefugten Verarbeitung vorliegt.“ Mithin hat der Gesetzgeber diese Rechtsfrage offen gelassen. Überdies beruhte die Äußerung einer solchen Rechtsmeinung auf einer Kommentierung des BDSG Stand 1990 („So heißt es in der Kommentarliteratur zum BDSG 1990 [...]“). Insoweit weisen die Verfasser dieses Beitrags darauf hin, dass das BDSG Stand 1990 noch fünf Jahre vor der oben zitierten EU-Datenschutzrichtlinie verabschiedet wurde und daher eine Einschätzung des Gesetzgebers aufgrund der damals vorhandenen Rechtslage nicht mehr Gegenstand einer Auslegung der Vorschrift im Jahr 2011 sein kann. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass sich die Wertungen des Datenschutzrechtes rasant fortentwickeln.

3. Entgegenstehende Interessen

Doch selbst wenn man über die vorangestellten Bedenken hinwegsehen wollte, entbände dies den Rechtsanwender nicht von der Prüfung, ob der Speicherung überwiegenden Interessen des Betroffenen entgegenstehen. Diese Prüfung muss stets im Einzelfall erfolgen und darf nicht antizipiert werden.

Die schutzwürdigen Interessen überwiegen jedenfalls dann, wenn die Information „Restschuldbefreiung“ unrichtig ist.

Ein Negativeintrag wie die Information „Restschuldbefreiung“ ist aber nur dann richtig, wenn der zugrundeliegende Sachverhalt objektiv richtig dargestellt wurde und der Betroffene tatsächlich kreditunwürdig ist.²⁷ Dieser Richtigkeitsbegriff folgt aus der hier einschlägigen EU-Datenschutzrichtlinie und dort

aus Artikel 6 lit. d, wo es heißt: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass personenbezogene Daten [...] sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sind; es sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit im Hinblick auf die Zwecke, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, nichtzutreffende oder unvollständige Daten gelöscht oder berichtigt werden“. Mithin verbindet das europäische Datenschutzrecht den Zweckbindungs- und den Datenrichtigkeitsgrundsatz untrennbar miteinander. Daher gilt in Europa die sogenannte Zweckwahrheit, wonach ein personenbezogenes Datum nur dann richtig ist, wenn es die bezweckte Aussage trifft. Da Negativmeldungen, wie die Information über ein Insolvenzverfahren, dem Schutz der Kreditwirtschaft vor Kreditunwürdigen dienen, ist ein Negativeintrag auch nur dann richtig, wenn der Betroffene tatsächlich kreditunwürdig, mithin die damit bezweckte Warnung gerechtfertigt ist.²⁸

Vor diesem Hintergrund ist es unzulässig, ehemalige Insolvenzschuldner als pauschal kreditunwürdig einzustufen. Vielmehr muss im Einzelfall festgestellt werden, ob sie tatsächlich noch ein Risiko für die Kreditwirtschaft sind. Ist letzteres nicht mehr der Fall, muss auch die Recherche, zumindest aber die Verarbeitung der Information „Restschuldbefreiung“ unterbleiben. Allein das oft verwendete Argument, das in der Vergangenheit liegende Verbraucherinsolvenzverfahren rechtfertige den Eintrag bereits per se, darf zumindest nicht durchgreifen, da dies einem Ausfall der gebotenen Interessenabwägung gleichkäme.

4. Stand der Rechtsprechung

Die Rechtsfrage, ob die oben skizzierte Recherchepraxis zulässig ist, hat die Rechtsprechung bereits erreicht.²⁹ Hierbei sind zwei Entscheidungen herauszuheben und kurz zu besprechen:

Das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. hat entschieden, dass die Recherche der Restschuldbefreiung gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG³⁰ zulässig sei. Nach Auffassung des 21. Zivilsenates sei im Hinblick auf die hinter dem Betroffenen liegende Insolvenz stets zu berücksichtigen, „dass Kreditinstitute ein erhebliches und schützenswertes Interesse an der Einschätzung einer etwaigen Wiederholungsgefahr haben“. Hierbei sei zu berücksichtigen, „dass in bestimmten Fällen eine Datenübermittlung regelmäßig zulässig sein wird“.

Diesem Rechtssatz treten die Verfasser entschieden entgegen. Denn § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG schreibt eine Interessenabwägung im Einzelfall vor, sodass nicht jede Speicherung von Insolvenzdaten im überwiegenden Allgemeinwohlinteresse liegt, sondern nur diejenige, bei der eine echte Gefahr für die Kredit- und kreditähnliche Wirtschaft besteht. Eine Rechtsprechung, wonach die Abwägung mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung antizipiert wird, in dem ein zuständiges Gericht selbstän-

26 abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/001/1500181.pdf>.

27 Gärtner, aaO (s. o. Fn. 11), Seite 156.

28 Gärtner, aaO (s. o. Fn. 11).

29 pars pro toto: OLG Frankfurt, Beschl. v. 01.09.2009, Az.: 21 U 45/09 und AG Wiesbaden, Beschl. v. 13.01.2011, Az.: 93 C 107/11 = DuD 2011, 364.

30 OLG Frankfurt, Beschl. v. 01.09.2009, Az.: 21 U 45/09 – bei juris Rn. 11.

dig Fälle bildet, in denen dieses Grundrecht stets zurücktritt, ist nicht mit den Artikeln 1 Abs. 1 GG und 2 Abs. 1 GG vereinbar.³¹ Mithin ist diese Rechtsprechung nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

Ähnlich – wie das OLG Frankfurt – argumentiert auch das Amtsgericht Wiesbaden in einer aktuellen Entscheidung und ergänzt noch, dass der Zweck der Restschuldbefreiung nicht darin bestehe, „einem Schuldner einen Neuanfang ohne Überprüfung seiner Kreditfähigkeit zu ermöglichen.“ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Speicherung des Merkmals „Restschuldbefreiung“ ebenso wenig im Interesse der Gläubiger ist. Denn wenn der Schuldner weiß, dass trotz einer anstrengenden Wohlverhaltensperiode keine Besserung eintritt, geht der Anreiz verloren, mit der Verbraucherinsolvenz etwas für seine Gläubiger zu tun. Mithin ist diese nachträgliche Bestrafung durch den Negativeintrag kontraproduktiv und somit nicht im wohlverstandenen Gläubigerinteresse.

D. Wesentliche Ergebnisse

Auskunfteien recherchieren aus dem Portal www.insolvenzbe-kanntmachungen.de die Information, dass einem Verbraucher

die Restschuldbefreiung erteilt wurde und speichern diese als Negativmerkmal. Diese Speicherung ist rechtswidrig gemäß § 4 Abs. 1 BDSG. Sie ist auch nicht ausnahmsweise durch § 29 Abs. 1 Nrn. 1, 2 BDSG gerechtfertigt, denn diese Recherchepraxis ist nicht mit der Datenschutzrichtlinie 46/95/EG vereinbar. Die Vorschrift des § 29 Abs. 1 BDSG ist im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung dahingehend auszulegen, dass das Merkmal Restschuldbefreiung nicht gespeichert und verarbeitet werden darf.

Jedenfalls ist eine über sechs Monate andauernde Speicherung nicht einmal mehr vom Wortlaut der Vorschrift des § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gedeckt, da mit Ablauf dieses Zeitraums die Information nicht mehr öffentlich zugänglich ist, was § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG aber eindeutig verlangt.

Im Übrigen ist stets zu prüfen, ob nicht die Interessen des Betroffenen einer Speicherung und Verarbeitung entgegenstehen, etwa weil die mit dem Negativeintrag verbundene Wertung der Kreditwürdigkeit nicht (mehr) gerechtfertigt ist. Anderenfalls handelt es sich um einen unzulässigen Bluff.

31 BVerfG, Beschl. v. 11.06.1991, Az.: 1 BvR 239/90, NJW 1991, 2411.

RECHTSPRECHUNG

Bankrecht

Werbung für Kapitalanlagen: Prospekthaftung eines früheren Spitzenpolitikers

1. Auch ein körperlich von dem ausdrücklich als Emissionsprospekt bezeichneten Druckwerk getrenntes Schriftstück, das zusammen mit diesem vertrieben wird, kann bei der gebotenen Gesamtbetrachtung Bestandteil eines Anlageprospekts im Rechtssinn sein.

2. Zur Verantwortlichkeit eines früheren Spitzenpolitikers und Inhabers eines Lehrstuhls unter anderem für Finanzrecht nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn, wenn er sich in einem Prospektbestandteil über die Eigenschaften einer Anlage äußert.

(Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urt. v. 17.11.2011, Az.: III ZR 103/10 (Vorinstanzen: OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.04.2010, Az.: 6 U 155/07, ZIP 2010, 1036 = WM 2010, 1261; LG Mosbach, Urt. v. 15.08.2007, Az.: 1 O 135/06)

bearbeitet von RA Arne Maier, Esslingen

Sachverhalt (zusammengefasst):

Die Kläger machen Ersatzansprüche wegen fehlgeschlagener KG-Beteiligungen geltend. Nach teilweiser Erledigung durch

Vergleich sowie Rechtskrafteintritt gegen weitere Beklagte ist die Klage nur noch gegen den Beklagten anhängig. Dieser ist – mittlerweile emeritierter – Inhaber eines rechtswissenschaftlichen Lehrstuhls und ehemaliger Bundesminister. Im Frühjahr 2004 erklärte er sich bereit, als Vorsitzender des Beirats einer an der KG beteiligten AG tätig zu werden. Neben einem Emissionsprospekt wurde eine 80seitige „Produktinformation“ vertrieben, in der neben einer Präsentation der Anlagestrategie die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen der KG dargelegt waren. Weiter wurden Aufsichtsrat und Beirat der AG vorgestellt. Aussagen des Beklagten wurden wörtlich zitiert. Weiter wurden mit dem Emissionsprospekt Sonderdrucke von Presseartikeln herausgegeben, die weitere Äußerungen des Beklagten zu dem Fonds enthielten. In der „Produktinformation“ und in den Sonderdrucken wurde der Beklagte unter anderem mit seinen früheren Positionen als Bundesminister sowie als Lehrstuhlinhaber vorgestellt.

Im Juni 2005 untersagte die BaFin der KG ihre geschäftliche Tätigkeit. Über das Vermögen der KG wurde ein Insolvenzverfahren eröffnet. Die Kläger machen geltend, in dem Emissionsprospekt sei das Geschäftsmodell der KG teilweise unzutreffend dargestellt worden. Der Beklagte beruft sich darauf, dass er als Beiratsvorsitzender der Konzerndachgesellschaft keine operative oder organschaftliche Funktion ausgeübt und auch keinen Einfluss auf den Inhalt des Emissionsprospekts genommen