

Die Wirtschaftsauskunfteien e. V.
Stellvertretende Geschäftsleitung
Natascha Reifert

Kormoranweg 5
65201 Wiesbaden

Telefon 0611 / 9278-320
Geschaeftsleitung@die-wirtschaftsauskunfteien.de
www.die-wirtschaftsauskunfteien.de

Bundesministerium des Innern und für Heimat
Alt-Moabit 140
10557 Berlin

Per E-Mail: VII4@bmi.bund.de

Wiesbaden, 22. April 2024

Stellungnahme zum Ersten BDSG-Änderungsgesetz, Kabinettsentwurf

Sehr geehrte Frau Dr. Wichmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir möchten nochmals die Gelegenheit ergreifen, unsere Überlegungen zum aktuellen Kabinettsentwurf vorzutragen. Grundsätzlich erkennt unser Verband und die angeschlossenen Mitgliedsunternehmen mehrheitlich das Regelungsbedürfnis des Gesetzgebers nach der EuGH Entscheidung vom 7.12.2023 an. Dies vorangeschickt möchten wir nachfolgend einige Punkte adressieren:

Einleitung:

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll durch den Gesetzentwurf einerseits der Koalitionsvertrag und andererseits das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 7. Dezember 2023 – C634/21 „SCHUFA Holding (Scoring)“ aufgreifend, § 31 durch einen neuen § 37a BDSG ersetzt werden.¹ Sowohl der Koalitionsvertrag, als auch die Entscheidung des Europäische Gerichtshof (EuGH) sind durch das Bestreben nach Erhöhung von Transparenz beim Scoring/Profiling motiviert. Es erscheint im Gesamtzusammenhang nicht unwichtig daran zu erinnern, dass das dem Vorlageverfahren zu Grunde liegende Ausgangsverfahren nicht etwa gegen die SCHUFA Holding AG geführt wurde, sondern gegen den Hessischen Datenschutzbeauftragten (HBDI). Zu der gegen ihn beim Verwaltungsgericht Wiesbaden (VG Wiesbaden) eingereichten Klage war es nur gekommen, weil dieser die ursprünglich von der SCHUFA Holding AG der Klägerin erteilte Auskunft nach Art. 15 DSGVO auch bezüglich der darin

¹ S. Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, S. 1

enthaltenen Angaben zum Scoring als grundsätzlich ausreichend angesehen hatte.² Im Zeitpunkt der Klage konnten also die Auskunftsteien von der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit der durch sie im Rahmen von Auskunftersuchen nach Art. 15 DSGVO erteilten Auskünfte auch hinsichtlich der Angaben zum Scoring/Profiling in Übereinstimmung zumindest eines für sie wesentlichen Teils der Datenschutzkonferenz (DSK) ausgehen. Ein Regelungsbedürfnis bestand also nicht. Erst das VG Wiesbaden hatte daran Zweifel und legte entsprechende Fragen dem EuGH vor. Dabei fragte das VG Wiesbaden aber nicht schlicht nach der Reichweite des Art. 15 Abs. Buchst. h) DSGVO³, sondern knüpfte – etwas konstruiert - an Art. 22 DSGVO. Das VG Wiesbaden war offensichtlich der Meinung, dass Art. 15 Abs. 1 Buchst. h) DSGVO keinen allgemeinen Transparenzanspruch beim Scoring enthält⁴. Nur deshalb kam es dann zur vermeintlich bestehenden Regelungslücke, die im Verhältnis zum Entscheider nach Art. 22 DSGVO und dem externen Dienstleister vermeintlich besteht. Der EuGH hat die Vorlage seinerseits nicht wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen, sondern die Überlegungen des VG Wiesbaden aufgegriffen. Es kam dann zu dem Ergebnis, dass es nur gelingt den externen Scoringdienstleister zur Transparenz nach Art. 15 Abs. 1 Buchst. h) DSGVO zu verpflichten, indem man ihn in den Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO „hineinzieht“. Dies soll dann erforderlich sein, wenn der durch den Dienstleister gelieferte Wahrscheinlichkeitswert für den letztendlich (über den Vertrag) befindenden Entscheider „maßgeblich“ ist.

I. Gesetzentwurf enthält keine Ausführungen zum Begriff der Maßgeblichkeit

Der EuGH schafft mit dem Kriterium der Maßgeblichkeit einen neuen unbestimmten Rechtsbegriff, ohne nähere Hinweise wie dieser ggf. durch den nationalen Gesetzgeber oder die Datenschutzaufsichtsbehörden auszuformen wäre. Etwas überraschend greift der vorliegende Gesetzentwurf dieses Thema nicht auf, sondern formuliert im Rahmen des Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO einen Ausnahmetatbestand für Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Der Gesetzentwurf übergeht dabei die für die Anwendung des Ausnahmetatbestandes des Art. 22 Abs. 2 Buchst. b) DSGVO relevante Frage, ob überhaupt der Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DSGVO eröffnet ist. Es verbleibt damit bei der Rechtsunsicherheit, die durch das Maßgeblichkeitskriterium entstanden ist.

² S. Sachverhaltsfeststellungen EuGH Rs. C634/21, Rn. 14ff

³ Vgl. dagegen EuGH Rs.C-203/22

⁴ Zum Streitstand s. Gola/Heckmann-Franck, DSGVO, Art. 15, Rn. 17ff

Sowohl für die Wirtschaft, als auch für die betroffenen Personen wäre es für die Rechtsklarheit aber wünschenswert, durch den Gesetzgeber Hinweise zur praktischen Ausformung des Maßgeblichkeitskriteriums zu erhalten. Es macht auch keinen Sinn, diese Ausformung den Parteien des Entscheidungsprozesses zu überlassen, wenn nicht zumindest eine hinreichende Konkretisierung erfolgt.

Ein Vorbild hierfür könnte dem aktuell noch bestehenden § 31 BDSG entnommen werden, der (noch) bei der Verwendung von Anschriftendaten formuliert, dass Anschriftendaten „nicht ausschließlich“ zur Berechnung von Wahrscheinlichkeitswerten genutzt werden dürfen. Dabei ist zu bedenken, dass die Auskunftsteien einen Wahrscheinlichkeitswert nur auf solchen Daten ermitteln können, die sie zulässigerweise verarbeiten. Die Definition des Maßgeblichkeitskriteriums muss daher bei der Weiterverwendung der gelieferten Entscheidungshilfe ansetzen. Der Einleitungssatz des § 37a BDSG-E knüpft aber an die Erstellung und Verwendung gleichermaßen an, sodass eine entsprechende Konkretisierung des Maßgeblichkeitskriteriums dort nicht verankert werden kann. Dies kann wahrscheinlich nur durch die Schaffung eines neuen Absatzes und damit Neukonzeptation der gesamten Vorschrift gelingen, die die Voraussetzungen für die Erstellung und die sich dann ggf. anschließende Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten strikt trennt. Ohne dem bleibt jedoch die durch den neuen unbestimmten Rechtsbegriff entstandene Rechtsunsicherheit bestehen.

II. **Der Anwendungsbereich der geplanten Vorschrift ist unklar.**

1) Der Anwendungsbereich des § 37a Abs. 2 BDSG-E ist offen und bietet daher erhebliche Rechtsunsicherheit. Die Vorschrift könnte auch als Verbot bestimmter Datenverarbeitungen verstanden werden. Eine Regelung über die Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung ist aber nicht von Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO gerade nicht gedeckt. Der Gesetzgeber läuft mithin Gefahr, eine offensichtlich europarechtswidrige Formulierung aufzunehmen. Auch der Bundesrat hat hierauf bereits hingewiesen.

2) § 37a Abs. 3 BDSG kann als Verbot bestimmter Datenverarbeitungen verstanden werden. Gemäß Wortlaut dürften für das Kredit scoring nur noch besonders qualifizierte Negativdaten verwendet werden. Nach dieser Auslegung wäre die Verwendung sonstiger Daten (z.B. Positivdaten, Daten aus öffentlichen Registern, etc.) auch bei Vorliegen einer Einwilligung oder der Verwendung der Daten zur Erfüllung eines Vertrages

ausgeschlossen. Diese Auslegung würde gegen Europarecht verstoßen, da die vom Gesetzgeber vorgesehene Öffnungsklausel – Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO – eine solche Regelungswirkung **nicht** erlaubt.

III. Unzulässige Untersagung von Zweckänderungen: § 37a Abs. 2 Nr. 3 lit. b BDSG-E

Problem: Die Vorschrift kann so interpretiert werden, als wäre eine Zweckänderung von personenbezogenen Daten unzulässig, falls ein Verantwortlicher diese Daten zur Erstellung von Wahrscheinlichkeitswerten über eine Person verwendet. Dies würde die europarechtlich zwingende Vorschrift von Art. 6 Abs. 4 DSGVO verletzen.

Lösungsvorschlag: § 37a Abs. 2 Nr. 3 lit. b BDSG-E sollte gestrichen werden. Die in der DSGVO enthaltenen Regelungen sind abschließend, d.h. es gibt für nationales Recht keine Öffnungsklausel. Art. 6 Abs. 4 DSGVO löst die Problematik auch bereits abschließend und sinnvoll auf.

Die Stellungnahme des **Bundesrats** vom 22. März 2024 enthält diesbezüglich einen Ergänzungsvorschlag, der **nicht** übernommen werden sollte: Statt Streichung von § 37a Abs. 2 Nr. 3 lit. b BDSG-E schlägt der Bundesrat einen zusätzlichen Verweis auf die Grundsätze der Zweckbindung und Datenminimierung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. b und c DSGVO vor. Dies würde die Europarechtswidrigkeit der Vorschrift nur verstärken.

IV. § 37a BDSG-E erfasst auch Kredit scoring im B2B-Bereich

Problem: § 37a BDSG-E findet auch Anwendung auf das Erstellen von Wahrscheinlichkeitswerten im B2B-Bereich. Dies ist weder praktikabel, noch entspricht es der gesetzgeberischen Intention.

Lösungsvorschlag: Unternehmen im Sinne von § 14 BGB sollten ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden.

V. Missverständnis bei der Regulierung von bestimmten Datenarten, z.B. Anschriftendaten oder Kontoinformationsdienstedaten

Problem: § 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. d BDSG-E will die Nutzung von Anschriftendaten sowie Bankkontendaten untersagen, bzw. aus dem Anwendungsbereich der Erlaubnisvorschrift

ausklammern. Dies steht nicht im Einklang mit den Schutzziele von Art. 22 DSGVO. Ohne Anschriftendaten können z.B. eCommerce-Unternehmen keine Identitätsprüfung ihrer Kunden durchführen, um so z.B. Betrugsversuche zu erkennen. Auch der **Bundesrat** hat auf dieses Problem hingewiesen.

Sofern mit der Formulierung in § 37a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) BDSG-E aus Kontoinformationsdiensten herrührende Daten gemeint sind, sollte dies auch so bezeichnet werden. Allerdings ist der Zugriff auf Kontoinformationen nach § 59 ZAG von der Zustimmung der betroffenen Person abhängig. Die Weiterverwendung solcher Informationen war nach bislang einhelliger Meinung nach den Regeln der DSGVO zu beurteilen. Sowohl der EDSA, als auch die LDI NRW kamen hierbei zu dem Ergebnis, dass eine Weiterverwendung unter Beachtung der Art. 6 und 7 DSGVO möglich ist.⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob es einerseits nötig, andererseits zulässig ist, dies national zu regeln, ohne sich in Widerspruch zu Zulässigkeitsnormen der DSGVO zu setzen.

Ferner ist zu bedenken, dass nach der bisherigen Konzeption des § 37a BDSG-E nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Anwendungsbereich weit über den der Auskunfteien reicht (s.o.). Instituten im Sinne des Finanzaufsichtsrechts wäre damit die Bildung von Wahrscheinlichkeitswerten unter Hinzunahme von Kontoinformationen verwehrt, obwohl die betroffene Person möglicherweise sogar Kunde des Hauses ist – und zwar sowohl im Kredit, als auch im Anlagebereich, der bekanntermaßen weitreichende Offenlegungspflichten kennt und auch im Kreditbereich schließt Art. 18 Abs. 3 Verbraucherkreditrichtlinie die Einbeziehung solcher Informationen vor. Aber selbst, wenn hier nur die Auskunfteien gemeint seien sollten, so würde sich auch dort die Frage stellen, warum diesen bei der Bildung von Wahrscheinlichkeitswerten bestimmte Parameter verwehrt werden sollen, die man der eigentlich vertragsschließenden Partei bei einer Beurteilung gerade zugesteht.

Wie die Gesetzesbegründung aufführt, wird § 37a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) BDSG-E gegenüber § 31 dahingehend eingeschränkt, dass Anschriftendaten zur Erstellung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten überhaupt nicht mehr genutzt werden dürfen.⁶ Mit der Begründungserwägung, wonach außerhalb des Anwendungsbereiches § 37a BDSG-E die Verarbeitung von Anschriftendaten stellt klar, dass sog. Anschriftendaten

⁵ 25. Tätigkeitsbericht LDI NRW, Ziffer 5.4

⁶ S. Gesetzesbegründung

zwar verarbeitet werden, aber nicht „gescored“ werden dürfen. Das steht etwas im Widerspruch zu der vom Gesetzgeber selbst getätigten Feststellung, wonach § 37a BDSG-E keine Rechtsgrundlage, sondern nur eine Ausnahmevorschrift zu Art. 22 Abs. 1 DSGVO darstellt und sich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung nach den allgemeinen Vorschriften, wie der des Art. 6 DSGVO richtet.⁷ Dem entspricht auch die herrschende Meinung, wonach sich die Zulässigkeit des Profilings (zu dem die Erstellung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten ein Unterfall darstellen dürfte) im Wesentlichen nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO richtet. Es leuchtet nicht recht ein, warum sich die Zulässigkeit der Verarbeitung eines bestimmten Datums danach richten soll, ob sie nun Eingang in einen Wahrscheinlichkeitswert findet oder nicht. Dogmatisch wird durch § 37a BDSG-E über Art. 22 Abs. 2 DSGVO in die Zulässigkeitsvorschriften des Art. 6 DSGVO eingegriffen. Das ist aber – auch in Ansehung der dem Gesetzentwurf zugrunde liegenden EuGH-Entscheidung – unzulässig und europarechtswidrig.⁸

§ 37a Abs. 3 BDSG-E definiert zusätzlich für die Fälle des Abs. 1 Nr. 2 quasi im Sinne eines „Positivkataloges“, welche Forderungsdaten berücksichtigt werden dürfen. Auch hier greifen die soeben ausgeführten Bedenken, dass mit der Begrenzung auf einen bestimmten Katalog die Verarbeitung anderer personenbezogener Daten bei der Erstellung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten ausgeschlossen werden soll, obwohl die Verarbeitung dieser Daten als „Klardatum“ möglicherweise zulässig wäre und Art. 22 Abs. 2 Buchst. b) DSGVO gerade keine Begrenzung von Art. 6 DSGVO zulässt, es sei denn dies ergibt sich aus der DSGVO selbst, wie beispielsweise bei den Daten nach Art. 9 DSGVO.⁹ Die immer wieder in der Gesetzesbegründung referenzierten „angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person (Art. 22 Abs. 2 Buchst. b) DSGVO) lassen darüber hinaus nur Verfahrensrechte der betroffenen Personen zu, wie sie in Art. 22 Abs. 3 DSGVO erwähnt und in § 37a Abs. 6 DSGVO angelegt sind.¹⁰ Eine weitere Ausformung dieser erscheint dagegen denkbar.

Lösungsvorschlag: Der Absatz II sollte gestrichen werden.

⁷ S. Gesetzesbegründung S. 23

⁸ EuGH Rs. C-634/21, Rn. 68

⁹ Die Einschränkung von Art. 6 DSGVO ergibt sich dort aus Art. 9 DSGVO selbst und im Rahmen von Art. 22 DSGVO aus dessen Abs. 4.

¹⁰ EuGH Rs. C-634/21, Rn 67 f

VI. § 34 Abs. 1 S. 2 und § 37a Abs. 5 BDSG-E: Unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen

Problem: § 34 Abs. 1 S. 2 und Abs. 5 BDSG-E werfen sowohl für sich genommen als auch gemeinsam gelesen rechtliche Bedenken auf: § 34 BDSG-E stellt die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen unter den Vorbehalt der Interessenabwägung und erzeugt einen systematischen Bruch zu Art. 15 Abs. 4 DSGVO. § 37 Abs. 5 BDSG-E ist sehr wahrscheinlich unvereinbar mit Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO.

Lösungsvorschlag: § 34 Abs. 1 S. 2 und § 37 Abs. 5 BDSG-E sollten gestrichen werden. Auf Empfehlung seiner Ausschüsse hat auch der **Bundesrat** gebeten, zu prüfen, ob § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E gestrichen werden sollte.

Mit freundlichen Grüßen

Natascha Reifert

Stellvertretende Geschäftsführerin DW