



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Informationsrecht

zum Entwurf einer neuen Regelung über auf einer automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beruhenden Entscheidungen gegenüber Betroffenen (Ersetzung des bisherigen § 31 durch § 37a BDSG) im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, Stand 31.01.2024, und zu der Stellungnahme des Bundesrats vom 22.03.2024.

Stellungnahme Nr.: 24/2024

Berlin, im April 2024

Mitglieder des Ausschusses Informationsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Simon Assion, Frankfurt
- Rechtsanwältin Dr. Christiane Bierekoven, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Isabell Conrad, München
- Rechtsanwalt Dr. Malte Grützmaker, LL.M., Hamburg
- Rechtsanwalt Peter Huppertz, LL.M, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Kristina Schreiber, Köln (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Robert Selk, LL.M. (EU), München

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwältin Nicole Narewski

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

I. Vorbemerkung

Der DAV begrüßt grundsätzlich die geplante Neuregelung der Bestimmungen zum Scoring im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), sieht allerdings an einigen Stellen Nachbesserungsbedarf. Die Erwägungen des Bundesrats in seiner Stellungnahme vom 22.03.2024 hält der DAV teilweise für nicht zutreffend.

1. Für nicht weitgehend genug hält der DAV die im BDSG geplanten Regelungen für die Datenschutzkonferenz (DSK). An seiner Forderung, erweiterte Befugnisse der DSK in einem Staatsvertrag zu regeln (siehe <https://anwaltverein.de/de/newsroom/pm-30-23-dav-fordert-staatsvertrag-fuer-den-datenschutz>), hält der DAV fest. Nur durch einen Staatsvertrag kann ein schlagkräftigeres Handeln der DSK und eine bessere Abstimmung der Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder erreicht werden.
2. Die Bundesregierung möchte rasch auf die Entscheidung des EuGH zur Verwendung von Scoring-Werten der SCHUFA bei der Kreditvergabe (Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21) reagieren. Dies erscheint vorausschauend und sinnvoll. Der bisherige § 31 BDSG soll durch einen neuen § 37a BDSG ersetzt werden. Die Norm soll den Konflikt zwischen der Kreditwirtschaft und Verbrauchern ausgleichen im Interesse einer transparenten und nachvollziehbaren Entscheidung über die Kreditvergabe unter Berücksichtigung europarechtlich durch die Richtlinie 2008/48/EG v. 23.4.2008 vorgegebenen Prüfverpflichtungen der Kreditwirtschaft. Entsprechendes gilt für Unternehmen

aus anderen Branchen wie Telekommunikationsanbietern, die vor Vertragsabschlüssen die Kreditwürdigkeit ihrer Kunden prüfen wollen.

3. Dass für die Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte nach der neuen Regelung besondere Kategorien personenbezogener Daten nicht verwendet werden dürfen (**§ 37a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a BDSG-E**) ist nachvollziehbar und zur Wahrung der Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO ebenso notwendig wie der Ausschluss der Berechnung von Wahrscheinlichkeitswerten für Minderjährige (**§ 37a Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E**). Der Ausschluss von Daten, die durch Art. 9 DSGVO besonders geschützt sind, ergibt sich zwar weitgehend schon aus Erwägungsgrund 71 zur DSGVO. Es erscheint jedoch vertretbar, die Regelung des Art. 22 Abs. 4 DSGVO, der die Verwendung der besonderen Kategorien personenbezogener Daten zur automatisierten Entscheidungsfindung ohnehin schon weitgehend ausschließt, bei den hier speziell geregelten Fällen zu verschärfen.
4. Nicht neu ist die Voraussetzung, dass der Scorewert mit einem wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahren berechnet werden muss (**§ 37a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a BDSG-E**, bislang § 31 Abs. 1 Nr. 2 BDSG). Diese Voraussetzung ist auch eine zentrale Vorschrift zur Wahrung des europarechtlich vorgegebenen Rechtsrahmens (Erwägungsgrund 71 zur DSGVO). Forderungen aus dem politischen Raum, dass das Verfahren – anders als bislang – durch einen neutralen, nicht von der jeweiligen Auskunftgeber beauftragten Gutachter (bzw. eine Gutachterin) geprüft werden soll, sind diskutabel, dürften allerdings für die zuständigen Datenschutzbehörden mit erheblichem Mehraufwand verbunden sein, da nur sie als ein geeigneter Auftraggeber für solche Gutachten in Betracht kommen.
5. Skeptisch zu beurteilen ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Einrichtung unabhängiger Prüfstellen für die Scorewerte. Eine solche Einrichtung müsste notwendigerweise von den Datenschutzbehörden begleitet und überwacht werden und dürfte deren begrenzte Kapazitäten überfordern.

II. Bezugnahme auf Art. 22 Abs. 2 Nr. 2 DSGVO

Zu begrüßen ist, dass die neu vorgeschlagene Norm in § 37a Abs. 1 BDSG-E durch ihren Wortlaut deutlich macht, dass es um eine weitere, über die in Art. 22 DSGVO unmittelbar vorgesehenen Ausnahmen hinausgehende Erlaubnis für eine automatisierte Entscheidung geht. Damit wird auch klar, dass der Gesetzgeber von der in Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO eingeräumten Befugnis Gebrauch macht, solche Regelungen zu treffen. § 31 BDSG in der bisherigen Fassung war insoweit unklar. Der klare Bezug auf Art. 22 Abs. 2 Nr. 2 DSGVO in § 37a BDSG-E ist zu begrüßen.

III. Systemwidrige Regelung zur Datennutzung

Durch die Bezugnahme steht auch fest, dass § 37a BDSG-E nur die Verwendung aus vorhandenen Daten errechneter Wahrscheinlichkeitswerte für eine automatisierte Entscheidung regelt. Er ist – ebenso wie Art. 22 DSGVO – keine Rechtsgrundlage dafür, dass die für die Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte benötigten personenbezogenen Daten erhoben, gespeichert und genutzt werden dürfen. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach Art. 6 DSGVO, insbesondere nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchst. f und Abs. 4 DSGVO. Die DSGVO sieht insoweit auch keine Möglichkeit zu einer einzelstaatlichen Regelung vor (Radtke, MMR 2024, 156 f.).

Die in § 37a Abs. 3 Nr.2 BDSG-E vorgesehene Regelung, nach der personenbezogene Daten, die für das Scoring verwendet werden, nicht für andere Zwecke verarbeitet werden dürfen, erscheint vor diesem Hintergrund systemwidrig. Dies gilt erst recht für die vom Bundesrat vorgeschlagenen Ergänzungen der Norm. Denn Art. 22 Abs. 2 Nr. 2 DSGVO lässt zwar Regelungen zu zur Befugnis automatisierter Entscheidungen, eröffnet den Mitgliedsstaaten jedoch keine weitergehenden Befugnisse, Erlaubnisse oder Verbote der Verarbeitung von Einzeldaten zu erlassen, die in das Scoring einfließen. Um Konflikte mit der DSGVO zu vermeiden, bedarf es einer Streichung des § 37a Abs. 3 Nr. 2 BDSG-E.

IV. Unklare Formulierungen

An einigen Stellen gibt es Verbesserungsbedarf.

1. **§ 37a Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E** ist unklar formuliert, da offenbleibt, worauf sich der Halbsatz „und unter Einbeziehung von Informationen über Forderungen“ bezieht. Gemeint dürfte sein, dass es ausschließlich um von Auskunftsteilen erstellte Wahrscheinlichkeitswerte geht, bei deren Berechnung die Auskunftsteile Informationen über Forderungen verwenden.

Um dies deutlicher zum Ausdruck zu bringen, ließe sich formulieren:

„ihre Zahlungsfähig- und -willigkeit, wenn dies durch Auskunftsteile unter Einbeziehung von Informationen über Forderungen geschieht.“

2. Neu ist das vollständige Verbot der Verwendung des Namens der betroffenen Person und von Anschriftendaten bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeitswerte in **§ 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. d BDSG-E**. Das von der Bundesregierung in der Begründung angesprochene Diskriminierungsrisiko bei der Verwendung von Anschriftendaten ist nachvollziehbar, jedenfalls erscheint eine solche Regelung als zusätzliche Sicherung der Rechte und Interessen der Betroffenen vertretbar.

Zu erwägen ist indes eine ergänzende Regelung, um klarzustellen, worauf sich das Verbot bezieht und worauf nicht:

„Name und Anschrift der betroffenen Person dürfen nach Erstellung eines Wahrscheinlichkeitswerts mit diesem zur weiteren Verwendung verbunden werden.“

3. Ähnliches gilt auch für das Verbot der Nutzung von Daten aus sozialen Netzwerken (**§ 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. b BDSG-E**) und von Informationen über Zahlungseingänge und -ausgänge und von Bankkonten (**§ 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. c BDSG-E**). Zu **§ 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. c BDSG-E** heißt es in der Entwurfsbegründung, dass gesetzliche Regelungen, die die Erhebung solcher Daten vor der Kreditvergabe oder dem Vertragsschluss vorschreiben, unberührt bleiben. Für eine rechtssichere Anwendung sollte dies auch in der Regelung selbst klargestellt werden.

So könnte **§ 37a Abs. 2 BDSG-E** durch einen zweiten Halbsatz in Nr. 1 ergänzt werden, der lautet:

„dies gilt nicht, wenn und soweit die Verwendung der in Buchstabe a) bis d) genannten Daten gesetzlich erlaubt oder vorgeschrieben ist.“

Durch eine solche Ergänzung würde sich der isolierte Vorschlag zu § 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. d BDSG-E (s.o. IV. 2.) erübrigen.

- Die in § 37a Abs. 3 BDSG-E vorgesehenen Einschränkungen entsprechen den bislang geltenden Regelungen in § 31 Abs. 1 BDSG. Sie sollen sicherstellen, dass Negativmerkmale nur dann verwendet werden, wenn Zahlungsverzögerungen und -ausfälle gesichert vorliegen. Dies ist wie bisher bei den in § 37a Abs. 3 Nr. 1 bis 4 BDSG-E geregelten Fällen gegeben. Anders ist dies bei **§ 37a Abs. 3 Nr. 5 BDSG-E**: Hier reicht der für eine Kündigung ausreichende Zahlungsrückstand nach dem Wortlaut des Entwurfs auch dann aus, wenn der Schuldner ihn bestreitet. Die in Nr. 4 der Vorschrift vorgesehene Voraussetzung, dass ein Zahlungsrückstand nur berücksichtigt wird, wenn der Schuldner die Forderung nicht bestritten hat, fehlt in Nr. 5. Sie sollte ergänzt werden:

“deren zugrunde liegendes Vertragsverhältnis aufgrund von Zahlungsrückständen fristlos gekündigt werden kann, ohne dass der Schuldner das Vorliegen des Kündigungsgrundes bestreitet, und bei denen der Schuldner zuvor über eine mögliche Berücksichtigung durch eine Auskunft informiert worden ist.“

- Im Grundsatz zu begrüßen ist die Regelung, nach der der Betroffene das Recht hat, seinen eigenen Standpunkt darzulegen und eine Entscheidung einer natürlichen Person zu verlangen (§ 37a Abs. 6 BDSG-E). Diese stellt sicher, dass die Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 2 Nr. 2 DSGVO gewährleistet sind. Allerdings sollte eine Präzisierung nach dem Vorbild bekannter Beschwerdeverfahren erfolgen, etwa aus § 111a EnWG, um eine rechtssichere Handhabung zu gewährleisten:

„Verantwortliche sind verpflichtet, Beanstandungen und Beschwerden von betroffenen Personen hinsichtlich der jeweiligen auf Wahrscheinlichkeitswerten nach Absatz 1 beruhenden

Entscheidung innerhalb einer Frist von vier Wochen ab Zugang beim Verantwortlichen zu beantworten und die Entscheidung einer natürlichen Person herbeizuführen. Wird der Beschwerde durch den Verantwortlichen nicht abgeholfen, hat der Verantwortliche die Gründe in Textform darzulegen. Der betroffenen Person steht es frei, hiergegen Beschwerde nach Art. 77 DSGVO einzulegen oder vor den ordentlichen Gerichten vorzugehen.“

V. Normkonflikte mit Art. 13 bis 15 DSGVO

1. Probleme weist die in **§ 37a Abs. 4 BDSG-E** vorgesehene umfassende Mitteilungspflicht des für die Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte Verantwortlichen auf. Er muss u.a. Auskunft über „die Gewichtung von Kategorien von Kriterien und der einzelnen zueinander“ geben, die „den Wahrscheinlichkeitswert am stärksten beeinflussen“. Dem Verantwortlichen steht auch nicht die für die Auskunftspflicht in **§ 34 BDSG-E** neu geplante Ausnahme zum Schutz seiner Geschäftsgeheimnisse zu, nach der eine Auskunft nicht zu erteilen ist, wenn das Geheimhaltungsinteresse überwiegt.

Die Mitteilungspflicht geht weit über die bisher vom BGH (Urt. v. 28.1.2014 – VI ZR 156/13) geregelten Auskunftspflichten hinaus und erscheint im Interesse eines transparenten Verbraucherschutzes grundsätzlich vertretbar, führt jedoch zu möglichen Regelungskonflikten mit der DSGVO. Denn es ist unklar, in welchem Verhältnis die Mitteilungspflicht zu den nach Art. 13 Abs. 2 lit. f, 14 Abs. 2 Buchst. g und Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO bestehenden Informations- und Auskunftspflichten bei automatisierter Entscheidungsfindung steht. Inhaltlich handelt es sich um eine Auskunftspflicht. Die Informationspflichten bleiben damit zwar unberührt. Ob aber die in § 37a Abs. 4 BDSG-E bestehende Mitteilungspflicht inhaltlich weiter geht als die – ja weiterhin bestehende – Auskunftspflicht nach Art. 15 Abs. 1 Buchst. h DSGVO, ist unklar und hängt von der Auslegung der beiden Normen ab. Auf solche Normkonflikte sollte verzichtet werden, selbst wenn sie – was angesichts der Konfliktsituation zweifelhaft ist - europarechtlich zulässig sein sollten.

2. Der DAV teilt die Bedenken des Bundesrats gegen **§ 34 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E** und den dort vorgesehenen Ausschluss des Auskunftsrechts bei einem überwiegenden Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht. Das vom Bundesrat angesprochene „strukturelle Beweislastproblem“ sollte nicht im BDSG unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten, sondern im jeweiligen Sachzusammenhang – etwa im Versicherungsrecht – gelöst werden.
3. Wird keine eigenständige Auskunftspflicht in § 37a Abs. 4 BDSG-E vorgesehen, kann auch auf **§ 37a Abs. 5 BDSG-E** verzichtet werden. Interesse an der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen müssen bei der automatisierten Entscheidungsfindung in ähnlicher Weise berücksichtigt werden wie sonst auch. In den für den Betroffenen sehr wichtiger Entscheidungen wie der der Kreditgewährung werden freilich die Interessen der Betroffenen an der Auskunft den Geheimnisschutz eher überwiegen als in anderen Fällen. Hier sollte auf die tradierten Regelungen zum Geheimnisschutz zurückgegriffen werden; es bedarf keiner Sonderregelungen.

VI. Speicherpflichten

Wichtig erscheint es, die Verantwortlichen im Interesse der betroffenen Verbraucher zu verpflichten, die erstellten Wahrscheinlichkeitswerte und ihre Empfänger für ein Jahr zu speichern. Nur so kann sichergestellt werden, dass die schon bestehende Auskunftspflicht über diese Wahrscheinlichkeitswerte auch tatsächlich realisiert werden kann. § 37a Abs. 4 S. 2 BDSG-E sollte daher in angepasster Form im Gesetz verbleiben, allerdings hinsichtlich des Fristbeginns für die Speicherung präzisiert werden:

„Verantwortliche haben die erstellten Wahrscheinlichkeitswerte und ihre Empfänger für ein Jahr ab Erstellung des jeweiligen Wahrscheinlichkeitswertes zu speichern.“

Verteiler

Deutschland

Bundesministerium des Innern und für Heimat

Bundesministerium der Justiz

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz

Ausschuss für Inneres und Heimat im Deutschen Bundestag

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz im Deutschen Bundestag

Ausschuss für Wirtschaft und Energie im Deutschen Bundestag

Ausschuss Digitales im Deutschen Bundestag

Fraktionen im Deutschen Bundestag

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

Die Justizministerien der Länder

Die Datenschutzbeauftragten der Bundesländer

Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesnotarkammer

Bundesverband der Freien Berufe e.V.

Deutscher Richterbund, Bund der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und

Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen

Staatsanwälte e.V. (DRB)

Deutscher Notarverein

Deutscher Steuerberaterverband e.V. Berlin

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Arbeitsgemeinschaft berufsständischer Versorgungseinrichtungen e.V.

Deutscher EDV-Gerichtstag e.V.

GRUR - Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.

Bitkom e. V.

Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI)

ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
Gewerkschaft der Polizei
Deutsche Polizeigewerkschaft im DBB (DPoIG)

DAV-Vorstand und Geschäftsführung
Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
Vorsitzende der DAV-Landesverbände
Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft

Presse

Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH
Süddeutsche Zeitung GmbH
Redaktion NJW
JUVE Verlag für juristische Information GmbH
Redaktion Legal Tribune Online / LTO
Redaktion Anwaltsblatt
juris GmbH
Redaktion MultiMedia und Recht (MMR)
Redaktion Zeitschrift für Datenschutz ZD
Redaktion heise online
DER SPIEGEL GmbH & Co. KG