

Stellungnahme zum Änderungsentwurf zur Datenverarbeitung für Scoring-Zwecke (§ 37a BDSG-E, „Scoring“)

Mai 2024

1 Grundsätzliche Anmerkungen und Überblick

Grundsätzliche Anmerkungen

Der Referentenentwurf zu § 37a BDSG-Entwurf (BDSG-E) sieht unter Berücksichtigung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 7. Dezember 2023 - C634/21 vor, den bisherigen § 31 durch einen neu gefassten § 37a BDSG zu ersetzen. Der Koalitionsvertrag (Zeilen 5763 f.) sieht darüber hinaus vor: „Wir werden zügig prüfen, wie die Transparenz beim Kreditscoring zugunsten der Betroffenen erhöht werden kann. Handlungsempfehlungen werden wir zügig umsetzen.“

Bitkom begrüßt das Vorhaben der Bundesregierung, mit der Einführung des § 37a BDSG-E die Vorgaben des Urteils des EuGH zügig umzusetzen und damit Rechtssicherheit für Auskunfteien und ihre Kundinnen und Kunden zu schaffen.

Gleichwohl bedarf der Entwurf in handwerklicher und fachlicher Hinsicht sowie im Hinblick auf seine Eignung zur Zielerreichung der Präzisierung und Nachbesserung. Darüber hinaus bitten wir den Gesetzgeber, eine Umsetzungsfrist von mindestens sechs (6) Monaten ab Inkrafttreten des Änderungsgesetzes vorzusehen.

Des Weiteren befasste sich der Bitkom im Jahr 2023 ausführlich mit dem vergangenen BDSG-Änderungsgesetz. In seiner dazu verfassten Stellungnahme sprach sich der Bitkom wiederholt für eine Stärkung der Datenschutzkonferenz (DSK) im Wege einer Institutionalisierung aus. Der Bitkom befürwortet eine DSK, in der die unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zusammenwirken. Die Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle würde die Zusammenarbeit erleichtern, einheitliche Ansprechpartner bieten und bei der Entwicklung von Formularen und Meldewegen unterstützen. Dies fördert die Harmonisierung und reduziert Rechtsunsicherheiten, was wiederum das Vertrauen in den Datenschutz stärkt und den Compliance-Aufwand für Unternehmen senkt.

Die divergierenden Auslegungen der DSGVO durch die Aufsichtsbehörden der Bundesländer stellen insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen sowie für Unternehmen, die in mehreren Bundesländern tätig sind, eine Herausforderung bei der Einhaltung der Datenschutzvorschriften dar und behindern potenziell Innovationen. Bitkom hat zur Erreichung dieser Ziele bereits Vorschläge im Jahr 2020 vorgelegt und empfahl im Rahmen der BDSG-Strukturreform die Einrichtung einer neuen Geschäftsordnung für die DSK. Diese soll unter anderem die Einrichtung von thematischen Schwerpunktaufsichten und eine strukturierte Beratung der Verantwortlichen vorsehen.

Überblick

Die vorliegende Stellungnahme hat zum Ziel, einen Überblick über die aus Sicht des Bitkom zentralen Probleme des § 37a BDSG-E zu geben und Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten. Eingangs wird die Einordnung des § 37a BDSG-E als Ausnahmenvorschrift gemäß Art. 22 II lit. b) DSGVO in Frage gestellt. Dies betrifft insbesondere die Behauptung, dass der Gesetzgeber die ihm in Art. 22 II lit. b) DSGVO eingeräumte Gesetzgebungskompetenz überschreitet bzw. fehlerhaft anwendet (I.). Im Anschluss erfolgt eine Erörterung des potenziellen Anwendungsbereichs des § 37a BDSG-E. Insbesondere die offene Ausgestaltung der Nr. 1 in Absatz 1 würde für Unternehmen und Verbraucher ohne Bezug zum Bonitätsscore weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen. Daher wird die Streichung der Nr. 1 gefordert. Des Weiteren werden die Auswirkungen der Ausnahmetatbestände des Absatzes II, insbesondere auf das Fraudscoring, thematisiert und eine grundlegende Schärfung und Einschränkung des Gesetzestextes gefordert (II.). Schließlich wird die Frage der EU-Rechtskonformität der vorgesehenen Zweckbindung in § 37a II Nr. 3 lit. b) BDSG-E erörtert. Es wird vorgeschlagen, diese Zweckbindung zu streichen, da sie andernfalls einer grundlegenden Umformulierung oder sogar einer Streichung bedürfte (III.). In der Folge wird eine mögliche Neufassung des § 37a BDSG-E angeregt, welche den Wortlaut der EuGH-Rechtsprechung deutlicher aufgreift und erhebliche Rechtsunsicherheiten vermeiden soll.

2 Änderungsvorschläge

Art. 22 II lit. b) DSGVO als Öffnungsklausel untauglich

In der Gesetzesbegründung zu § 37a BDSG-E wird ausgeführt, dass § 37a BDSG-E keine Rechtsgrundlage, sondern eine Ausnahmenvorschrift zu Art. 22 I DSGVO darstellt. Insofern wird von der Ausnahmeregelung des Art. 22 II lit. b) DSGVO Gebrauch gemacht, welche den Mitgliedstaaten erlaubt, Personen einer auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung zu unterwerfen, sofern die berechtigten Interessen der betroffenen Person im Sinne des Art. 22 II lit. b) DSGVO gewahrt bleiben. In seiner Entscheidung hat der EuGH darauf hingewiesen, dass sich diese Ausnahmenvorschrift an der vorrangigen Geltung der

Grundsätze der Art. 5 und 6 DSGVO messen lassen muss. Dies steht jedoch im Widerspruch zur Gesetzesbegründung, welche § 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. d) BDSG-E gegenüber § 31 BDSG dahingehend einschränkt, dass die Nutzung von Anschriftendaten für die Erstellung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten gänzlich ausgeschlossen ist.

In der Gesetzesbegründung wird weiter ausgeführt, dass die Verarbeitung von Anschriftendaten außerhalb von § 37a BDSG-E weiterhin zulässig ist, soweit sie nicht zu Scoringzwecken erfolgt. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum die Zulässigkeit der Verarbeitung eines bestimmten Datums davon abhängen soll, ob es in einen Wahrscheinlichkeitswert eingeht oder nicht. Der Gesetzentwurf überschreitet die Regelungskompetenz des eng auszulegenden Art. 22 II lit. b) DSGVO, der nur automatisierte Einzelentscheidungen erfasst. Denn solche materiellen Voraussetzungen sollen wohl eine Ausprägung der „angemessenen Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person“ (Art. 22 II lit. b) DSGVO) darstellen. Die in Art. 22 II lit. b) DSGVO genannten Maßnahmen können jedoch lediglich „verfahrenstechnische Maßnahmen“ sein, was sich bereits aus den Vorgaben des Art. 22 III DSGVO ergibt. Materiellrechtliche Vorgaben sind nach der Rechtsprechung des EuGH stets an der Vorschrift des Art. 6 DSGVO zu messen. Somit würde der Entwurf hier die eingeräumte Regelungskompetenz überschreiten.

Die Regelung des § 37a II BDSG-E steht auch im Widerspruch dazu, die Zulässigkeit der Verwendung konkreter Datenarten aus ihrer statistischen Relevanz abzuleiten. (vgl. § 37 a III Nr. 3 lit. a) BDSG-E; Erwägungsgrund 71, S. 6 DSGVO) Darüber hinaus regelt Art. 22 IV DSGVO bereits die Verwendung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 DSGVO. Da Art. 22 IV DSGVO nicht von der Öffnungsklausel umfasst ist, bleibt kein Raum für eine entsprechende Regelung in § 37 a II BDSG-E. Auch dies lässt auf eine Unvereinbarkeit mit EU-Recht schließen.

In einer aktuellen Stellungnahme weist die DSK zu Recht darauf hin, dass die Einschränkung der in Art. 22 II lit. b) DSGVO eingeräumten Regelungsbefugnis an den Vorgaben des Art. 23 DSGVO zu messen ist. Die Stellungnahme verweist zu Recht darauf, dass § 37a BDSG-E, wie für Einschränkungen der Betroffenenrechte des 3. Abschnitts erforderlich, nicht auf einen der in Art. 23 I DSGVO abschließend aufgezählten Ausnahmegründe gestützt ist.

Die Gesamtschau der vorgebrachten Punkte lässt den Schluss zu, dass der geplante § 37a BDSG-E, insbesondere in seinem Absatz II, die Regelungsbefugnisse aus Art. 22 II lit. b) DSGVO deutlich überschreitet. Auch die Erforderlichkeit dieser nationalen Regelungen erscheint zweifelhaft, da es außerhalb von Art. 22 DSGVO Möglichkeiten gibt, die Verwendung von Scoringwerten auszugestalten, wie die DSK in ihrer o. g. Stellungnahme ausgeführt hat.

Ausfernder Anwendungsbereich und ungenaue Formulierungen

Die Entscheidung des EuGH sowie die Gesetzesbegründung, nach der „nur ein Dutzend Unternehmen“ betroffen sein sollen, richten sich eindeutig an Auskunftsteile, die Bonitätssoring betreiben. Die Möglichkeit verschiedener Lesarten lässt eine Auslegung nicht ausschließlich auf Auskunftsteile beschränkt zu, sondern könnte potenziell auf alle Wirtschaftsbereiche ausgedehnt werden.

Insbesondere § 37a I Nr. 1 BDSG-E, der als Alternative zu Nr. 2 („oder“) zu fungieren scheint, erweitert den Anwendungsbereich auf nahezu alle Wirtschaftsbereiche. Dies lässt sich daraus ableiten, dass Wahrscheinlichkeitswerte universal verwendet werden, um Entscheidungen über die Begründung, Durchführung oder Beendigung von Vertragsverhältnissen zu treffen. Demgegenüber wird in Absatz I Nr. 2 dieses Paragrafen ausdrücklich auf Auskunftsteile Bezug genommen.

Des Weiteren wird im Entwurf nicht berücksichtigt, dass neben dem Bonitätssoring auch andere Risikoklassifizierungen in Form des Scorings zum Einsatz kommen, die von der undifferenzierten Formulierung erfasst würden. Es sollte daher erlaubt sein, Adressdaten bei der Bildung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten weiterzuverwenden:

Insbesondere die Bildung zuverlässiger Betrugsscores (sog. „Fraudscores“) wird durch das bereits diskutierte und in § 37a II Nr. 1 lit. d) BDSG-E formulierte Verbot der Verwendung von Anschriftendaten zur Bildung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten erschwert. Im Rahmen der Betrugsprävention sind diese Daten jedoch unverzichtbar, da z. B. Bestellbetrügereien durch die Nutzung anonymisierter Adressen (z. B. großer Wohnblocks) erleichtert werden. Die Unverzichtbarkeit der Verwendung von Daten zur Betrugsbekämpfung wurde von den Datenschutzbehörden bereits anerkannt. Vielmehr besteht sogar eine gesetzliche Verpflichtung z.B. für Versandhändler, Identitätsdiebstahl zu verhindern (vgl. BGH Urteil vom 20.10.2021, I ZR 17/21 - Identitätsdiebstahl II). Eine diskriminierungsfreie Verarbeitung der relevanten Daten, zu denen auch die Anschrift gehört, muss daher gewährleistet bleiben. Andernfalls würden die Verlässlichkeit und das Vertrauen der Verbraucherinnen und Verbraucher gerade im Versandhandel beeinträchtigt.

Die Anwendung des § 37a BDSG-E neben dem genannten Fraudscore macht auch für ein institutsinternes Scoring im Rahmen der Kreditwürdigkeitsprüfung keinen Sinn, da dies anderen aufsichtsrechtlichen Regelungen, wie beispielsweise den §§ 18a und 10 II KWG, widersprechen würde.

Zusätzlich zu Adressdaten sind Informationen, wie der Name der betroffenen Person (§ 37a II Nr. 1 lit. b) BDSG-E) sowie Informationen über Zahlungseingänge und -ausgänge auf und von Bankkonten (§ 37a II Nr. 1 lit. c) BDSG-E) essenziell zur Erstellung von Fraudscores und der effektiven Bekämpfung von Betrug.

Die allgemeinen und somit mehrdeutigen Formulierungen des § 37 II BDSG-E, insbesondere die des § 37a II Nr. 1 lit. c) BDSG-E, erscheinen zunehmend problematisch. Der Entwurf und dessen Gesetzesbegründung bleiben nämlich einer Klärung des Begriffs „Zahlungseingänge und -ausgänge“ schuldig. Das DSK entgegnete

dem zurecht, dass eine genauere Definition dieses Begriffs erforderlich sei, da es sich dabei um hochsensible Daten handelt. Es bleibt unklar, ob damit nur Salden oder Nennwerte von Gutschriften gemeint sind oder auch nähere Informationen, wie u. a. Verwendungszweck, Anweisende und Zahlungsempfänger von der Verarbeitung ausgeschlossen werden sollen. Des Weiteren wird im Gesetzesentwurf die Relevanz des § 59 ZAG verkannt, welcher den Zugriff auf Kontoinformationen von der Zustimmung des Betroffenen abhängig macht. Die Weiterverwendung solcher Informationen wurde bislang gemäß den Regeln der DSGVO beurteilt. Sowohl der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) als auch die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen (LDI NRW) kamen hierbei zu dem Ergebnis, dass eine Weiterverwendung unter Beachtung der Artt. 6 und 7 DSGVO möglich ist. In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob die betreffende Regelung im BDSG-E einerseits erforderlich ist und andererseits den Rahmen der zulässigen nationalen Gesetzgebungskompetenz nicht überschreitet, ohne dabei in Widerspruch zu Zulässigkeitsnormen der DSGVO zu geraten.

Die Ausweitung der geplanten Vorschriften auf andere Wirtschaftsbereiche als für Auskunftfeien ist außerdem durch das EuGH-Urteil gar nicht verlangt worden. Vielmehr sollte hierbei klargestellt werden, dass Betroffene, deren Daten durch die eine Auskunftfeie im Auftrag eines Dritten durch eine automatisierte Einzelfallentscheidung, nämlich dem Scoring, verarbeitet werden, gegenüber der Auskunftfeie ein Auskunftsrecht besitzen. Die Dritten hätten nämlich auf die Entscheidung der Auskunftfeie keinen Einfluss. In Konsequenz dessen wurden die Betroffenenrechte, die sich aus dieser automatisierten Einzelfallentscheidung ergeben, nun auf Auskunftfeien vorverlagert.

Daher plädiert Bitkom dafür, § 37a I Nr. 1 BDSG-E zu streichen, mindestens aber sicherzustellen, dass die in § 37a II Nr. 1 lit. b) – d) BDSG-E genannten Daten zur Betrugsbekämpfung und auch für sonstige Zwecke, sofern sie diskriminierungsfrei bei der Erstellung oder Verwendung von Scores eingesetzt werden, verwendet werden dürfen.

Fragliche Zweckbindung

§ 37a BDSG-E ist über seinen Absatz II Nr. 3 lit. b) BDSG-E mit einer Zweckbindung versehen, indem er regelt, dass die für die Erstellung von Wahrscheinlichkeitswerten genutzten personenbezogenen Daten für keine anderen Zwecke verarbeitet werden dürfen. Wie bereits ausgeführt, richtet sich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung auch beim Scoring nach Art. 6 DSGVO. Da sich eine Zweckbindung bereits aus Art. 6 IV DSGVO ergibt, ist die vorgesehene Regelung in § 37a BDSG-E nicht notwendig. Des Weiteren ergeben sich aus unserer Sicht erhebliche praktische Folgen, da die Vorschrift von den Verantwortlichen, die mit eigenen Daten Wahrscheinlichkeitswerte errechnen, nicht eingehalten werden kann: Die Errechnung eines Wahrscheinlichkeitswerts durch ein beliebiges Unternehmen erfolgt stets unter Verwendung von Daten, die bereits zuvor zu einem anderen Zweck verarbeitet wurden und auch nachfolgend noch zu anderen Zwecken dienen können, sofern dies gemäß Art. 6 IV DSGVO zulässig ist.

Da die avisierte Zweckbindung aus praktischer Sicht zu nicht unerheblichen Schwierigkeiten führen würde und auch eine entsprechende Öffnungsklausel zur Einschränkung des Zweckbindungsgrundsatzes fehlt, ist aus Sicht des Bitkom eine Streichung oder zumindest eine Präzisierung durch folgenden Zusatz erforderlich: „in den Fällen des § 37a I Nr. 2 BDSG-E nicht für andere Zwecke verarbeitet werden“.

Rechtsunsicherheit durch den Maßgeblichkeitsbegriff

Der EuGH hat in seinem Urteil festgestellt, dass dann, wenn die Entscheidung über den Vertragsschluss maßgeblich auf einem automatisierten Score beruht und kein Rechtfertigungstatbestand eingreift, bereits die Ermittlung des Scores unzulässig ist. Der Begriff der Maßgeblichkeit bleibt ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch den nationalen Gesetzgeber oder die Rechtsprechung auszufüllen ist. Sowohl für die Wirtschaft als auch für die Betroffenen wäre es jedoch im Sinne der Planungssicherheit und Rechtsklarheit wünschenswert, wenn der Gesetzgeber Hinweise zur praktischen Ausgestaltung des Maßgeblichkeitskriteriums konkretisieren würde. Die mit dieser Maßnahme angestrebte Rechtssicherheit kann aber nur erreicht werden, wenn dem deutschen Gesetzgeber überhaupt eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz zusteht. Käme die Unionsrechtswidrigkeit einer solchen Regelung in Betracht und drohte in der Folge die gerichtliche Aufhebung der Konkretisierung, würde das eigentliche Ziel der Rechtssicherheit verfehlt. Einer Konkretisierung des Maßgeblichkeitsbegriffs durch den deutschen Gesetzgeber muss daher zwingend die Prüfung der Gesetzgebungskompetenz vorausgehen.

Es wäre nicht sinnvoll, diese Ausgestaltung den Parteien des Entscheidungsverfahrens zu überlassen, wenn nicht zumindest eine hinreichende Konkretisierung erfolgt. Als Vorbild könnte § 31 BDSG dienen, der bei der Verwendung von Anschriftendaten formuliert, dass Anschriftendaten „nicht ausschließlich“ zur Berechnung von Wahrscheinlichkeitswerten genutzt werden dürfen. Es ist zu berücksichtigen, dass die Auskunftseien einen Wahrscheinlichkeitswert lediglich auf Basis derjenigen Daten ermitteln können, die sie rechtmäßig verarbeiten. Die Definition des Maßgeblichkeitskriteriums muss folglich bei der Weiterverwendung der gelieferten Entscheidungshilfe ansetzen. Der Einleitungssatz des § 37a BDSG-E knüpft jedoch gleichermaßen an die Erstellung und Nutzung an, sodass eine entsprechende Konkretisierung des Maßgeblichkeitskriteriums dort nicht verankert werden kann.

Es wäre daher in Anbetracht dessen erforderlich, den § 37a BDSG-E mit einem neuen Absatz zu versehen oder gar eine Neukonzeption der gesamten Vorschrift vorzunehmen, die die Voraussetzungen für die Erstellung und die sich ggf. daran anschließende Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten strikt trennt. Andernfalls bleibt die durch den neuen unbestimmten Rechtsbegriff geschaffene Rechtsunsicherheit bestehen.

Bitkom vertritt mehr als 2.200 Mitgliedsunternehmen aus der digitalen Wirtschaft. Sie generieren in Deutschland gut 200 Milliarden Euro Umsatz mit digitalen Technologien und Lösungen und beschäftigen mehr als 2 Millionen Menschen. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig, kreieren Content, bieten Plattformen an oder sind in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 82 Prozent der im Bitkom engagierten Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, weitere 8 Prozent kommen aus dem restlichen Europa und 7 Prozent aus den USA. 3 Prozent stammen aus anderen Regionen der Welt. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem leistungsfähigen und souveränen Digitalstandort zu machen.

Herausgeber

Bitkom e.V.
Albrechtstr. 10 | 10117 Berlin

Ansprechpartner

Paul Breitbarth | Wissenschaftlicher Mitarbeiter
T 030 27576-259 | p.breitbarth@bitkom.org

Lukas Marschallek | Referent Digital Banking & Financial Services
T 030 27576-551 | l.marschallek@bitkom.org

Felix Kuhlenkamp | Referent für Sicherheitspolitik
T 030 27576-279 | f.kuhlenkamp@bitkom.org

Verantwortliches Bitkom-Gremium

Arbeitskreis Datenschutz

Copyright

Bitkom 2024

Diese Publikation stellt eine allgemeine unverbindliche Information dar. Die Inhalte spiegeln die Auffassung im Bitkom zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wider. Obwohl die Informationen mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität, insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Eine Verwendung liegt daher in der eigenen Verantwortung des Lesers. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen. Alle Rechte, auch der auszugsweisen Vervielfältigung, liegen beim Bitkom oder den jeweiligen Rechteinhabern.