



Technische Universität München | Arcisstraße 21 | 80333 München
Professor Paal | Chair for Law and Regulation of the Digital Transformation

München, 19. Juni 2024

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Deutschen Bundestages – Ausschuss für Inneres und Heimat – am 24. Juni 2024

**zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes
BT-Drucksache 20/10859**

Sehr geehrte Mitglieder des Ausschusses,

der Stellvertretende Vorsitzende des Ausschusses für Inneres und Heimat, Herr Prof. Dr. Lars Castellucci, MdB hat mich eingeladen, an der o.g. Anhörung als Sachverständiger teilzunehmen. Dieser Einladung komme ich sehr gerne nach. Nachstehend übersende ich zur Vorbereitung der Anhörung auf Aufforderung einige grundsätzliche Stellungnahmen zu ausgewählten Punkten des Gesetzesvorhabens. Wegen der Kurzfristigkeit der Einladung und weiterer Verpflichtungen konnten leider nur vergleichsweise knappe Ausführungen erfolgen. Ich danke Ihnen für die Kenntnisnahme meiner Stellungnahmen und freue mich darauf, in der öffentlichen Anhörung weitergehende Ausführungen vorzunehmen und Ihre Fragen zu beantworten.

I. Zur Institutionalisierung der Datenschutzkonferenz (§ 16a BDSG-E)

Durch § 16a BDSG-E soll die Institutionalisierung der Datenschutzkonferenz (DSK) als des Gremiums der unabhängigen deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vollzogen werden. Die gesetzliche Verankerung der DSK und die Festlegung der Geschäftsordnung sind in Ansehung der Bedeutung der DSK und der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder uneingeschränkt zu begrüßen.

In materieller Hinsicht enthält § 16a BDSG-E allerdings über die Formalisierung hinaus kaum neue Impulse, so arbeitet die DSK bereits seit längerem auf der Grundlage einer von ihr selbst gegebenen Geschäftsordnung. Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, zusätzliche Regelungen in § 16a BDSG-E aufzunehmen, um die Arbeit der DSK zu erleichtern und die Stellung der Institution zu stärken.

Konkret empfehlen sich eine Festschreibung der Ziele der DSK und gesetzliche Festlegungen zu einer organisatorischen Unterstützung der Arbeit der DSK durch eine auskömmlich finanzierte ständige Geschäftsstelle.

II. Zur Neuregelung des Scoring (§ 37a BDSG-E)

1. Vorbemerkungen

Da an der Unionsrechtskonformität des aktuellen § 31 BDSG mit guten Gründen erhebliche Zweifel bestehen, ist im Ausgangspunkt uneingeschränkt zu begrüßen, dass der Gesetzgeber diesen Zustand zu beseitigen beabsichtigt. Ein Urteil des EuGH vom Dezember 2023 (Rs. C-634/21) hat diese Entwicklung weiter beschleunigt: Nach der einen Scoring-Sachverhalten betreffenden Vorabentscheidung des EuGH enthält Art. 22 Abs. 1 DS-GVO – anders als der Wortlaut dies nahelegt: „Recht“ – ein grundsätzliches Verbot, betroffene Personen einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung zu unterwerfen.

Nach Art. 22 Abs. 1 DS-GVO hat die betroffene Person das Recht, dass Entscheidungen, die für sie eine rechtliche Wirkung entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen, nicht ausschließlich aufgrund einer automatisierten Datenverarbeitung getroffen werden. Nach Abs. 2 der Vorschrift gilt dieses Verbot allerdings nicht, wenn die Entscheidung für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist (lit. a), sie aufgrund einer unions- oder mitgliedstaatlichen Rechtsvorschrift zulässig ist (lit. b) oder wenn die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat (lit. c). Voraussetzung ist hierfür stets, dass eine solche Entscheidung mit angemessenen Garantien zum Schutz der betroffenen Person verbunden ist. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume bestehen hier grundsätzlich (nur) für Bestimmungen, die angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO vorsehen.

Art. 22 DS-GVO betrifft nur das Verfahren der automatisierten Einzelentscheidung. Demgegenüber trifft Art. 22 DS-GVO gerade keine Festlegungen betreffend die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der konkreten Verarbeitung von der Entscheidung zugrundeliegenden Daten; es handelt sich also gerade nicht um einen Erlaubnistatbestand im Sinne des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. Der EuGH hat in der vorbezeichneten Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO keine Rechtsvorschriften erlassen dürfen, nach denen der Erlass einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unter Missachtung der Anforderungen von Art. 5 und 6 DS-GVO in deren Auslegung durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zulässig wäre; zudem hat der Gerichtshof klargestellt, dass die Mitgliedstaaten keine Legislativkompetenz haben, um näher ausgestaltende Vorschriften für die Anwendung der Bedingungen der Rechtmäßigkeit für Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a, b und f DS-GVO zu erlassen (EuGH, C-634/21, Rn. 68 und 72).

2. Zum Anwendungsbereich und der generellen Terminologie

Entgegen der aktuell vorgeschlagenen Überschrift („Scoring“) kann sich § 37a BDSG-E nach unionsrechtlichen Vorgaben und der vorbezeichneten Rechtsprechung des EuGH alleine auf den Ausnahmetatbestand des Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO betreffend automatisierte Entscheidungen im Einzelfall stützen. Eine darüber hinausgehende nationale Regelungsbefugnis im Sinne einer umfassenden Ausgestaltung sämtlicher Scoring-Sachverhalte ist dagegen nicht eröffnet.

Zur Vermeidung von Missverständnissen und Rechtsunsicherheiten daher die Überschrift den Anwendungsbereich möglichst klar und unmissverständlich benennen. Es empfiehlt sich daher eine konkretisierende Änderung der Benennung der Vorschrift, wonach es sich in § 37a BDSG-E um „Ausnahmen vom Verbot automatisierter Entscheidungen im Einzelfall bei Scoring“ handelt.

Der vorbezeichnete Befund setzt sich in der Terminologie des § 37a Abs. 1 BDSG-E fort: § 37a Abs. 1 BDSG-E stellt auf die Erstellung oder Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswerts ab und berücksichtigt nicht hinreichend die zusätzlichen Anforderungen, unter denen ein Scoring dem Art. 22 Abs. 1 DS-GVO unterfällt und die Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers eröffnet ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei der Erstellung eines Wahrscheinlichkeitswerts gerade dann um eine Entscheidung im Sinne des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO, wenn von diesem Wahrscheinlichkeitswert „maßgeblich abhängt, ob ein Dritter, dem dieser Wahrscheinlichkeitswert übermittelt wird, ein Vertragsverhältnis mit dieser Person begründet, durchführt oder beendet“ (EuGH, C-634/21, Rn. 73).

Es empfiehlt sich daher, in § 37a Abs. 1 BDSG darauf abzustellen, dass ebendieser Wahrscheinlichkeitswert nicht bloß erstellt, sondern gerade für die Entscheidung verwendet wird, ob ein Vertragsverhältnis mit der betroffenen Person begründet, durchgeführt oder beendet wird.

3. § 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. a BDSG-E – Verbot der Verwendung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Art. 22 Abs. 4 DS-GVO statuiert ein Verbot, besondere Kategorien personenbezogener Daten den Entscheidungen im Sinne des Art. 22 Abs. 2 DS-GVO vorbehaltlich der in Art. 9 Abs. 2 lit. a und g DS-GVO genannten Ausnahmen zugrunde zu legen. Die Regelung in § 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. a BDSG-E geht darüber hinaus, indem sie die Verwendung besonderer Kategorien personenbezogener Daten ausnahmslos untersagt.

Eine entsprechende Regelungskompetenz des deutschen Gesetzgebers erscheint zweifelhaft und dürfte sich insbesondere nicht (mehr) aus Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO ableiten lassen.

Es empfiehlt sich daher, die Regelung in § 37a Abs. 2 Nr. 1 lit. a BDSG-E ersatzlos zu streichen.

4. § 37a Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E – Implementierung von Diskriminierungsverboten

Unbeschadet der rechtlichen Rahmungen durch – insbesondere – das Wettbewerbsrecht und die EU-KI-Verordnung sollte die Implementierung eines Verbot der Nutzung von Daten zum Alter (für Wahrscheinlichkeitswerte nach § 37a Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E) und zum Geschlecht der betroffenen Person als Grundlagen der Erstellung oder Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswertes erwogen werden.

5. § 37a Abs. 6 BDSG-E – Präzisierung der Rechte von betroffenen Personen

Um die Effektivität der Schutzrechte für betroffene Personen zu stärken, sollte eine Verpflichtung zum Hinweis auf die Rechte der betroffenen Personen in verständlicher und von anderen Informationen getrennter Form statuiert werden. Danach hätten die Verantwortlichen betroffene Personen in verständlicher und von anderen Informationen getrennter Form entsprechend zu unterrichten.

III. Zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei Auskunftsansprüchen betroffener Personen (§ 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E und § 83 SGB X-E)

Die Regelungen des § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E und des § 83 Abs. 1 S. 2 SGB X-E sollen die Wahrung des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses bei der Durchsetzung von Auskunftsansprüchen sicherstellen.

Hier bestehen nicht nur unerhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Änderungen mit dem höherrangigen Unionsrecht, konkret mit Art. 23 DS-GVO. Als Ausnahmetatbestand für die Wahrung des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses kommt Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO in Betracht, wonach eine Beschränkung zum Schutz von Rechten und Freiheiten anderer Personen zulässig ist.

Allerdings finden die in § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E und § 83 Abs. 1 S. 2 SGB X-E adressierten Aspekte bereits einen gesetzlichen Niederschlag in Art. 15 Abs. 4 DS-GVO und werden zudem konkretisiert durch Erwägungsgrund 63 S. 5 DS-GVO. In Ansehung von Art. 15 Abs. 4 DS-GVO, der nur hinsichtlich des Rechts auf Erhalt einer Kopie gemäß Art. 15 Abs. 3 DS-GVO anordnet, dass die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht beeinträchtigen werden dürfen, ist zweifelhaft, ob § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E und § 83 Abs. 1 S. 2 SGB X-E weiter gefasst werden dürfen als dies der Unionsgesetzgeber vorgesehen hat.

Es wird deshalb empfohlen, die vorgeschlagenen Änderungen des § 34 BDSG und des § 83 SGB X zu streichen.