



UNIVERSITÄT BONN · Prof. Dr. L. Specht · Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

An den
Deutschen Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Informations- und Datenrecht

Adenauerallee 24-42
53113 Bonn

T 0228/73-4240

F 0228/73-5741

E Louisa.Specht@Forschungsstelle-Datenrecht.de

Sekretariat: Jacqueline Ostros

T 0228/73-4240

F 0228/73-5741

E sekretariat@jura.uni-bonn.de

Bonn, 20.06.2024

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat zum Entwurf
eines ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, BT-
Drucksache 20/10859**

Sehr geehrte Mitglieder des Ausschusses für Inneres und Heimat,

der stellvertretende Vorsitzende des Ausschusses für Inneres und Heimat, Herr Prof. Dr. Lars Castelluci, MdB, hat mich eingeladen, an der o.g. öffentlichen Anhörung als Sachverständige teilzunehmen. Dieser Einladung komme ich gerne nach. Im Folgenden möchte ich vorab schriftlich zum Thema der Anhörung Stellung nehmen. Auch wenn ich sämtliche Aspekte der Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes mit erheblichem Interesse verfolge, berühren doch



www.200jahre.uni-bonn.de

v.a. §§ 34 und 37a BDSG n.F.-E den Schwerpunkt meiner Forschungstätigkeit.
Ich erlaube mir daher nach Rücksprache, meine Stellungnahme auf diese Aspekte zu beschränken.

Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie die nachfolgende Stellungnahme zur Kenntnis nehmen würden.

Mit freundlichen Grüßen



- Louisa Specht-Riemenschneider -

Stellungnahme zum ersten Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG n.F.-E)

A. Beschränkung des Auskunftsrechtes nach § 34 BDSG

I. Heutige Rechtslage

Nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO hat die betroffene Person das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden; ist dies der Fall, so hat sie ein Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten und weitere Informationen gem. Art. 15 Abs. 1 lit. a – h DSGVO. Nach Art. 15 Abs. 3 DSGVO stellt der Verantwortliche eine Kopie der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung. Nach h.M. ist dieses Recht auf Erhalt einer Kopie gem. Art. 15 Abs. 4 DSGVO beschränkt durch die Rechte und Freiheiten anderer Personen, die durch den Erhalt einer Kopie nicht eingeschränkt werden dürfen. Nach h.M. erstreckt sich diese Einschränkung des Auskunftsrechts auch auf Art. 15 Abs. 1 DSGVO. „Andere Personen“ sind dabei nicht nur dritte Personen, sondern auch der Verantwortliche. Zu den zu schützenden Rechten gehören auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, wobei dem Betroffenen die Auskunft auch bei Vorliegen eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses nicht vollständig versagt werden darf, sondern der Verantwortliche angehalten ist, die Auskunft so weit wie möglich zu erteilen, z.B. indem relevante Passagen zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geschwärzt werden. Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 4 DSGVO liegt bei demjenigen, der sich auf den Ausnahmetatbestand beruft, i.d.R. also bei demjenigen, der das Vorliegen von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen geltend macht. Weitere Ausnahmen ergeben sich aus §§ 27, 28 und 29 sowie aus § 34 BDSG, wobei diese Ausnahmen stets den Anforderungen des

Art. 23 DSGVO genügen müssen. Bereits heute ist das Auskunftsrecht also beschränkt.

II. Änderung des § 34 BDSG

Durch den Entwurf des ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG n.F.-E) soll § 34 BDSG insoweit geändert werden, als Abs. 1 folgender Satz angefügt wird:

„Das Recht auf Auskunft besteht auch insoweit nicht, als der betroffenen Person durch die Information ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis des Verantwortlichen oder eines Dritten offenbart würde und das Interesse an der Geheimhaltung das Interesse der betroffenen Person an der Information überwiegt.“

Ich rege an, die Gesetzesänderung in § 34 BDSG n.F., soweit sie sich auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bezieht, zu streichen und stütze dies auf folgende drei Gründe:

1. § 34 BDSG n.F.-E. geht über die Einschränkung des Art. 15 Abs. 4 DSGVO hinaus

§ 34 BDSG n.F.-E. sieht seinem Wortlaut nach vor, dass das Auskunftsrecht von vornherein nicht besteht, wenn ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis betroffen ist („besteht insoweit nicht“). Besteht aber das Auskunftsrecht von vornherein nicht, muss es auch nicht durch Teilschwärzung befriedigt werden, wie es derzeit nach nahezu einhelliger Auffassung im Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 4 DSGVO der Fall ist. Damit geht § 34 BDSG n.F.-E. zugunsten der Verantwortlichen und Dritten über das bisherige Verständnis des Art. 15 Abs. 4 hinaus und stellt Betroffene damit schlechter als dies nach derzeitiger Rechtslage der Fall ist.

2. § 34 BDSG n.F.-E. steigert Transaktionskosten

Beweisrechtlich fordert § 34 BDSG außerdem von der betroffenen Person, ein Interesse an der Geltendmachung ihres Auskunftsrechtes darzulegen und ggf. zu beweisen. Art. 15 DSGVO soll aber als Grundlage der Ausübung sämtlicher anderer Betroffenenrechte dienen und hat damit elementare Bedeutung für die betroffene Person. Daher ist Art. 15 DSGVO bewusst gerade nicht an das Vorliegen weiterer Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft, die die betroffene Person von der Geltendmachung ihrer Betroffenenrechte abhalten könnte. Ich weise darauf hin, dass von den Betroffenenrechten ohnehin aufgrund von Informationsasymmetrien, hohen Transaktionskosten und Rationalitätsdefiziten zu wenig Gebrauch gemacht wird. Weitere Voraussetzungen erhöhen den Aufwand für die betroffene Person zusätzlich und reduzieren gleichzeitig seine Erfolgsaussichten, wodurch rationale Entscheidungen mit noch höherer Wahrscheinlichkeit gegen eine Ausübung der Betroffenenrechte ausfallen werden.

3. Zweifel an der Vereinbarkeit von § 34 BDSG n.F.-E. mit Art. 23 DSGVO

Ich habe erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit des § 34 BDSG n.F.-E. mit den Vorgaben des Art. 23 DSGVO im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit, da mit der konkreten Formulierung über das mildeste Mittel zur Beschränkung der Betroffenenrechte zugunsten von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen hinausgegangen wird. Ein milderer, gleich geeignetes Mittel findet sich schon de lege lata mit Art. 15

Abs. 4 DSGVO. Über dessen Voraussetzungen sollte nicht hinausgegangen werden

B. Scoring-Vorschrift des § 37a BDSG

I. Heutige Rechtslage

Die DSGVO gewährt dem Betroffenen in Art. 22 das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Entscheidungen wie Kreditvergaben sollen also grundsätzlich von einer menschlichen Instanz getroffen werden müssen. Nur unter bestimmten vom Gesetz vorgegebenen Umständen ist auch schon heute eine automatisierte Entscheidung möglich. Mit Urteil vom 07.12.2023 erweitert der EuGH die Anwendbarkeit des Art. 22 DSGVO auf sogenannte vorbereitende automatisierte Entscheidungen, wie die Bildung von Score-Werten, die Verbraucherkreditentscheidungen häufig zugrunde gelegt werden. Derart automatisierte Vorfeldmaßnahmen sind zukünftig sogar gegebenenfalls verboten, ohne dass es einer Geltendmachung durch den Betroffenen bedarf. Der EuGH untersagt die automatisierte Scorewertberechnung aber tatsächlich nur, wenn die anschließende Kreditentscheidung „maßgeblich“ auf dem Score-Wert beruht und ebenfalls nur dann, wenn der Gesetzgeber sie nicht doch gestattet (oder ein anderer Ausnahmetatbestand erfüllt ist). Denn Art. 22 DSGVO erfordert einen rechtlichen Nachteil oder eine ähnliche erheblich beeinträchtigende Wirkung der automatisierten Entscheidung (oder Vorfeldmaßnahme). Eine solche erheblich beeinträchtigende Wirkung hat der Score aber nur dann, wenn er die Kreditentscheidung maßgeblich in Richtung einer Kreditableh-

nung beeinflusst. Positive Scores sind also in Zukunft ebenso wenig unter- sagt wie Scores, die Kreditentscheidungen nicht maßgeblich zugrunde ge- legt werden.

Durch die Gleichsetzung von automatisierten Entscheidungen und vorbe- reitenden Maßnahmen öffnet der EuGH die Tür, diese vorbereitenden Maß- nahmen nationalen Regelungen zu unterstellen. Dies erlaubt die DSGVO in Art. 22 Abs. 1 lit. b DSGVO. Diese nationalen Regelungen müssen sich frei- lich im Rahmen der nach der DSGVO zulässigen Datenverarbeitungen hal- ten und dürfen Abwägungsentscheidungen nicht abschließend vorgeben. Dass bestimmte Parameter beim Scoring aber, von Ausnahmefällen abge- sehen, grundsätzlich berücksichtigt werden dürfen und andere eben nicht, dafür ist dem Gesetzgeber nun ein vormals jedenfalls streitiger Regelungs- spielraum eröffnet worden. Das Argument, der Gesetzgeber dürfe auf nati- onaler Ebene keine Vorgaben für das Scoring selbst, sondern nur für die auf ihn beruhende Entscheidung treffen, verfängt nach der Gleichsetzung von Entscheidung und Vorfeldmaßnahme jedenfalls nicht mehr. Die Regelung des § 37a BDSG, die das Scoring nun zugunsten von Betroffenen an ein- heitlichen, nachvollziehbaren und fairen Kriterien orientieren will, ist daher zumindest im Grundsatz zu begrüßen. Im Einzelnen besteht aber Nachbes- serungsbedarf insbesondere in folgenden drei Punkten:

1. Push- statt Pull-Informationen bei negativem Ersteintrag

§ 37a Abs. 4 BDSG n.F.-E. sieht vor, dass Verantwortliche, die Wahrschein- lichkeitswerte i.S.d. Abs. 1 erstellen, der betroffenen Person auf Antrag be- stimmte Informationen zur Verfügung stellen müssen. Damit betroffene Per- sonen ihre Rechte aber sinnvoll wahrnehmen können, sollten Sie proaktiv zumindest im Falle des ersten Negativeintrages i.S.d. Abs. 3 benachrichtigt werden. Dies sollte in einem neuen § 37a Abs. 4 S. 3 klargestellt werden.

Ein negativer Ersteintrag sollte auch ein solcher Negativeintrag i.S.d. Abs. 3 sein, der nach Ablauf von vier Jahren seit dem Schluss des Jahres des letzten Negativeintrages bekannt geworden ist.

Informationspflichten allein helfen dem Betroffenen aber wenig, da seit Jahrzehnten aus der Verbraucherforschung bekannt ist, dass mehr Information nicht zwingend zu mehr Informiertheit führt, sondern, ganz im Gegenteil, häufig zu einer Informationsüberlastung. In der Folge wird die Informationsaufnahme nicht selten abgebrochen, die betroffene Person ist also durch mehr Information häufig im Ergebnis weniger informiert. Daher sollte bei der Einführung von Informationspflichten stets auch über die Art und Weise der Information nachgedacht werden. Standardisierte Bildsymbole und abgestufte Informationskonzepte möchte ich hier nachdrücklich empfehlen.

2. **§ 37a Abs. 4 S. 2 BDSG n.F.-E. als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung**

Die Gesetzesbegründung enthält auf S. 23 den Passus, dass § 37a BDSG n.F.-E. keine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt. Das ist im Hinblick auf § 37a Abs. 4 S. 2 BDSG n.F.-E. nicht zutreffend. Ich rege daher an, die Gesetzesbegründung entsprechend anzupassen.

3. **Regelung für Scoring von Zahlungsdiensteanbietern erforderlich**

§ 37a BDSG n.F.-E. gilt für das Dreiecksverhältnis zwischen Kreditinstituten, Kreditauskunfteien und Betroffenen und unterwirft die Kreditauskunfteien in diesem Dreiecksverhältnis bestimmten einschränkenden Vorgaben. Sofern aber Zahlungsdiensteanbieter wie Paypal und Klarna selbst scoren, findet

die Regelung keine Anwendung. Derartige Zahlungsdiensteanbieter können sich vielmehr in vielen Fällen auf Art. 22 Abs. 2 lit. a DSGVO berufen. Für die Ausgestaltung des Art. 22 Abs. 2 lit. a DSGVO auf mitgliedstaatlicher Ebene besteht allerdings keine Öffnungsklausel, sodass § 37a BDSG für die Zahlungsdiensteanbieter keine Anwendung findet. Die neue Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts zeigt aber, dass beim Scoring durch diese Zahlungsdiensteanbieter erhebliche Defizite bestehen. Gleichzeitig ist in Art. 18 der Verbraucherkreditrichtlinie, der derzeit in nationales Recht umzusetzen ist, normiert, dass Zahlungsdiensteanbieter Kreditwürdigkeitsprüfungen durchführen müssen und dass sie dabei entsprechende Vorgaben zu beachten haben. Diese Vorgaben sind allerdings allgemeiner gehalten als die Vorgaben des § 37a BDSG n.F.-E. Eine Öffnungsklausel, die die Konkretisierung dieser Anforderungen im nationalen Recht zulässt, besteht auch hier nicht. Es erscheint dringend angezeigt, die Vorgaben zum Scoring für Auskunfteien und Zahlungsdiensteanbieter in DSGVO, BDSG und Verbraucherkreditrichtlinie einander anzugleichen. Ein möglicher Weg dorthin ist die Verankerung derart einheitlicher Vorgaben in der EU-Verbraucheragenda 2025 – 2030, was ich nachdrücklich empfehle.