

PROF. DR. GREGOR THÜSING, LL.M. (HARVARD)

DIREKTOR DES INSTITUTS FÜR ARBEITSRECHT UND RECHT DER SOZIALEN SICHERHEIT

RHEINISCHE FRIEDRICH WILHELMS-UNIVERSITÄT BONN

Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes BT-Drucks. 20/10859

Der Gesetzgeber hat am 27.3.2024 den Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes vorlegt (BT-Drs. 20/10859). Kernthemen der BDSG-Novelle sind vor allem die Institutionalisierung der Datenschutzkonferenz sowie eine neu eingefügte Vorschrift zum Kredit-Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien.

I. Anlass und Ziel des Gesetzgebers

Im Zuge des Erlasses der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) fasste der deutsche Gesetzgeber das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) neu, das parallel mit der Anwendbarkeit der DSGVO am 25.5.2018 in Kraft trat. Das Verhältnis und Zusammenspiel zwischen europäischem und nationalem Recht im Bereich des Datenschutzes ist komplexer geworden.¹ Dies führt dazu, dass hin und wieder eine Neujustierung des nationalen Rechts erforderlich ist. So auch im Falle des Scorings durch Wirtschaftsauskunfteien. Denn in einer weitreichenden Entscheidung des EuGH verweist dieser auf „durchgreifenden Bedenken“ an der Wirksamkeit des § 31 BDSG des vorliegenden Gerichts.²

Das Thema Kredit-Scoring steht aber nicht erst seit der Entscheidung des EuGH auf der Agenda des Gesetzgebers. Die Bundesregierung führte es bereits in ihrem Koalitionsvertrag auf. Das gilt auch für die Institutionalisierung der Datenschutzkonferenz (DSK). Damit verfolgt sie das Ziel der „besseren Durchsetzung und Kohärenz des Datenschutzes“.³ Weitere Änderungen, die Gesetzesentwurf geplant sind, sind auf eine Evaluierung des Bundesministeriums des Innern und für Heimat zurückzuführen. Im Folgenden wird sich im Wesentlichen auf die Kernthemen, der

¹ Kühling/Buchner/Kühling/Raab, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2024, A. Einführung Rn. 128 ff.

² EuGH, Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, GRUR-RS 2023, 34905 Rn. 71.

³ BT-Drs. 20/10859.

Institutionalisierung der DSK (II.) und dem Kredit-Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien (III.) konzentriert. Dem schließen sich kurze Bemerkungen zu Vorschlägen, die es nicht in den Entwurf geschafft haben, an (IV.).

II. § 16a BDSG-E: Institutionalisierung der DSK ohne Ertrag?

Der geplante § 16a BDSG-E (Datenschutzkonferenz) verankert die aus den unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder bestehenden DSK nun auch gesetzlich im BDSG. Damit verfolgt Gesetzgeber das Ziel der „besseren Durchsetzung und Kohärenz des Datenschutzes“.⁴ Ein Ziel, das mit dem vorliegenden Entwurf wohl kaum erreicht wird – jedenfalls aber zu keiner Verbesserung des *status quo* führt. Die Begründung stellt klar, dass sich durch die Institutionalisierung der DSK nichts an ihrer Rechtsnatur ändert: „Sie ist eine Arbeitsgemeinschaft, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt.“⁵ Entscheidend ist aber folgender Satz in der Begründung: „Eine Regelung zur rechtlichen Verbindlichkeit von Beschlüssen der DSK wird nicht getroffen, da damit wegen des Verbots der Mischverwaltung verfassungsrechtliche Grenzen berührt würden.“⁶

Warum dann eine solche Regelung? Die DSK kann nach dem Gesetzentwurf keine rechtlich verbindlichen Beschlüsse fassen, mit der Konsequenz, dass einzelne Datenschutzaufsichtsbehörden trotz gemeinsamer Verständigung und Position der anderen Aufsichtsbehörden von Beschlüssen der DSK abweichen können. Das ist auch ihr gutes Recht, denn nach Art. 51 DSGVO sind die Aufsichtsbehörden unabhängig. Zudem ist das Argument des Verbots der Mischverwaltung, wie die Begründung sie anführt, ein sehr gewichtiges.⁷ Fest steht jedenfalls, dass der derzeit geplante § 16a BDSG-E kaum zu einer besseren Durchsetzung und Kohärenz des Datenschutzes beiträgt. Schließlich hat sich die DSK auch ohne Verankerung im BDSG bereits eine Geschäftsordnung gegeben.⁸ § 16a BDSG-E fehlt es an jeglichen Details zum Ziel der DSK, ihrer Struktur sowie Arbeitsweise. Auch findet sich z.B. keine Regelung zur Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle.⁹ Der Gesetzgeber muss sich ernsthaft die Frage stellen, ob es überhaupt den gesetzgeberischen Aufwand wert ist, § 16a BDSG-E in der derzeit geplanten Fassung zu erlassen. Sie führt jedenfalls zu keiner Verbesserung des *status quo*, die Institutionalisierung der DSK wäre in dieser Form ein rein symbolischer Akt.

⁴ BT-Drs. 20/10859, S. 19.

⁵ BT-Drs. 20/10859, S. 19.

⁶ BT-Drs. 20/10859, S. 13.

⁷ Hierzu näher *Martini/Botta*, DÖV 2022, 605, 610.

⁸ Geschäftsordnung der DSK vom 5.9.2018, zuletzt geändert durch Beschluss vom 27.2.2024, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dsk/Geschaeftsordnung_DSK_Stand_Februar-2024.pdf.

⁹ S. auch *Thiel*, ZD 2021, 179.

III. § 37a BDSG-E: Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien

1. Warum es eine neue Norm braucht

Der bisherige § 31 BDSG (Schutz des Wirtschaftsverkehrs bei Scoring und Bonitätsauskünften) soll durch den neu geplanten § 37a BDSG-E (Scoring) ersetzt werden. Gut so! Anlass und Ausgangspunkt dieser Änderung ist die weitreichende Entscheidung des EuGH in der Rs. C-634/21, in der er zu dem Schluss kam, dass bereits die automatisierte Erstellung eines Wahrscheinlichkeitswerts über die Fähigkeit einer betroffenen Person, künftig einen Kredit zu bedienen, eine ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung darstelle, die der betroffenen Person gegenüber rechtliche Wirkung entfalte oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtige, wenn dieser mittels personenbezogener Daten der betroffenen Person ermittelte Wert von der Kreditauskunftei an eine Bank übermittelt werde und jener Dritte diesen Wert seiner Entscheidung über die Begründung eines Vertragsverhältnisses mit der betroffenen Person „maßgeblich“ zugrunde lege.

Wichtiger aber noch ist hier der Hinweis des EuGH auf die „durchgreifenden Bedenken“ an der Wirksamkeit des § 31 BDSG des vorlegenden Gerichts. Das ist juristisch nachvollziehbar und wohl auch richtig, denn eine Öffnungsklausel für Scoring enthält die DSGVO nicht. Aber sie enthält eine Öffnungsklausel zur Rechtfertigung einer ausschließlich automatisierten Entscheidung im Einzelfall, Art. 22 Abs. 2 lit. b) DSGVO.

Eben diese will der deutsche Gesetzgeber jetzt angehen, weil er nicht dem Verbraucherschutz einen empfindlichen Rückschlag zumuten will. Denn fiele § 31 BDSG einfach ersatzlos weg, dann mag man zwar weniger ausschließlich automatisierte Entscheidungen bei der Scorenutzung haben, aber wo der Score nicht maßgeblich der Entscheidung zugrunde gelegt wird (und das werden wohl die meisten Fälle sein), dort würde es an den wichtigen Einschränkungen fehlen, die aktuell die Scoreerstellung und -verwendung binden.

Erste Reaktionen des Schrifttums auf den nun vorliegenden Entwurf machen deutlich, dass hier ganz grundlegende und weitgehende Feststellungen getroffen wurden, wobei sehr unterschiedlich beurteilt wird, ob man diese Feststellungen für richtig hält und begrüßt, oder das ein oder andere an der Argumentation für sperrig und systemwidrig hält.¹⁰ Wichtig aber ist z.B. festzustellen, dass auch das Bundeskartellamt in seiner am Mittwoch veröffentlichten Abschlussbericht seiner

¹⁰ S. *Blasek*, ZD 2024, 258; *Heyer*, ZVI 2024, 81; *Klein*, BB 2024, 266; *Langenbacher*, BKR 2024, 66; *Menke*, K & R 2024, 28; *Taeger*, BKR 2024, 41.

Sektoruntersuchung „Scoring im Onlinehandel“ am Scoring zwar allerlei zu kritisieren hat, den § 37a BDSG-E aber eben nicht kritisiert.¹¹ Das ist wichtig, und das ist richtig.

In der Tat: Es ist gut, dass der Gesetzgeber hier reagiert. Die geplante Neuregelung überführt den bisherigen § 31 BDSG in eine Ausnahmeregelung vom Verbot des Art. 22 Abs. 1 DSGVO und ergänzt ihn um weitere Bestimmungen zur angemessenen Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person gemäß Art. 22 Abs. 2 lit. b) DSGVO. In Absatz 1 und Absatz 2 wird dabei anknüpfend an der Formulierung des aktuellen § 37 Abs. 1 BDSG („Entscheidung im Rahmen der Leistungserbringung nach einem Versicherungsvertrag“) geregelt, dass diese beiden Absätze Ausnahmen von dem Verbot des Art. 22 Abs. 1 DSGVO festlegen, Personen nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung zu unterwerfen. Das Ziel ist klar: Die Bestimmung greift das zuvor bestehende Schutzniveau des ehemaligen § 31 BDSG auf und ergänzt diese Vorgaben in den Absätzen 1 bis 5 um materielle sowie formale Vorgaben, um das Schutzniveau an neue Rechtsprechung des EuGH anzupassen.

§ 37a BDSG stellt damit keine datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm dar. Es gilt das allgemeine und besondere Datenschutzrecht, insb. Art. 6 DSGVO als Maßstab der Rechtmäßigkeit jeder Scoreerstellung.¹² Damit gilt auch: Die Übrigen Erlaubnisnormen des Art. 22 DS-GVO, insb. Art. 22 Abs. 2 lit. a) und lit. c) DS-GVO bleiben unberührt, unverändert und unbeeinflusst. Wer sich bislang hierauf berufen kann, der kann es auch künftig.

2. Einschränkungen der für Scoring nutzbaren Daten im Sinne des Verbraucherschutzes

Die Bedingungen, unter denen die Ausnahme eingreift, werden in den – gegenüber dem ehemaligen § 31 BDSG ergänzten – Vorgaben der Nummern 1 bis 7 ausgeführt. Darin sind insbesondere Daten genannt, die bei der Erstellung von Wahrscheinlichkeitswerten nicht berücksichtigt werden dürfen. All das dient dem Verbraucherschutz – ein legitimes Ziel auch bei der Ausgestaltung des Datenschutzrechts. Vorläufer gibt es dafür nicht, aber nachvollziehbar ist es allemal:

- Der ergänzte Absatz 2 Nr. 1 lit. a) macht zur Bedingung, dass bei der Erstellung und Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswerts keine besonderen Kategorien personenbezogener Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO genutzt werden. Mit dieser

¹¹ Abrufbar

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Scoring.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

¹² Zurecht auch das Bundeskartellamt in seinem Abschlussbericht zur bereits erwähnten Sektoruntersuchung, S. 84.

Regelung wird auf den besonderen Schutzbedarf dieser Kategorie von Daten reagiert.¹³ Der schon in Erwägungsgrund 71 der DSGVO erkannt wird („Automatisierte Entscheidungsfindung und Profiling auf der Grundlage besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten sollten nur unter bestimmten Bedingungen erlaubt sein.“. Die Einbeziehung von Daten aus diesen Kategorien birgt in der Tat ein besonders Risiko für diskriminierende Ergebnisse, auch wenn sich an ihnen die Bonität beurteilen lassen sollte. Der so gewährleistete Schutz wurde auch von der DSK gefordert¹⁴ und entspricht der Vorgabe des Art. 18 Abs. 3 Abs. 3 der Verbraucherkreditrichtlinie 2023/225/EU.

- Nr. 1 lit. b) macht zur Bedingung, dass bei der Erstellung und Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswerts weder der Name der natürlichen Person noch personenbezogene Daten aus seiner Nutzung von sozialen Netzwerken genutzt werden. Soziale Netzwerke sind solche – so heißt es in der Gesetzesbegründung – im Sinne von Art. 18 Abs. 3 der Verbraucherkreditrichtlinie 2023/2225/EU¹⁵ - freilich fehlt auch hier eine Definition. Eine Orientierung bietet insoweit § 1 Abs. 1 NetzDG, der eine – für die hiesige Betrachtung zwar nicht verbindliche, aber doch hilfreiche – Legaldefinition sozialer Netzwerke enthält: Danach versteht man hierunter „Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen“. Weitergehend noch ist die Forderung der DSK. Sie schlägt in ihrer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf vor: „Im Interesse der Rechtssicherheit empfiehlt die DSK, eine über die Begründung hinausgehende gesetzliche Präzisierung des Begriffs „sozialer Netzwerke“ im Kontext von Scoring aufzunehmen, die sich auch auf aus Nutzersicht nicht kommerzielle Angebote wie „X“ (vormals „Twitter“) oder „Telegram“ erstreckt.“¹⁶ Das sind aber keine sozialen Netzwerke im Sinne des NetzDG. Das NetzDG unterscheidet zwischen privater und öffentlicher Kommunikation: In Abgrenzung zur zweiten Variante („der Öffentlichkeit zugänglich machen“) betrifft die Variante „teilen“ die Gruppenkommunikation innerhalb des sozialen Netzwerkes, also die Kommunikation zwischen registrierten Nutzern des Netzwerkes, die eine Kommunikationsgemeinschaft („Freundeskreis“) bilden. Die Bildung eines solchen „Freundeskreises“ setzt die

¹³ BT-Drucks. 20/10859, S. 23.

¹⁴ S. DSK, Stellungnahme v. 11.5.2023, Vorschläge für Handlungsempfehlungen an die Bundesregierung zur Verbesserung des Datenschutzes bei Scoringverfahren, S. 6, abrufbar https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/st/DSK-Handlungsempfehlungen_Verbesserung_des_Datenschutzes_bei_Scoringverfahren.pdf.

¹⁵ BT-Drucks. 20/10859, S. 23.

¹⁶ Stellungnahme der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 12. April 2024, S. 7 abrufbar https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/st/240412_BDSG-E_Stellungnahme_DSK.pdf.

Registrierung im sozialen Netzwerk voraus.¹⁷ „Teilen“ von Inhalten erfasst keine Formen der Individualkommunikation. Dies folgt bereits aus der Genese des § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG. Die noch im Gesetzesentwurf enthaltene Differenzierung zwischen einem „Austausch“ und einem „Teilen“ von Inhalten wurde im Gesetzgebungsverfahren gestrichen, um zu verdeutlichen, „dass Dienste der Individualkommunikation (zB E-Mail- oder Messengerdienste) nicht unter das Gesetz fallen“.¹⁸ Eine solche Erweiterung mag man also erwägen, aber es fragt sich, ob *de lege lata* solche Informationen – die als nicht-öffentliche Informationen eben grds. dem Fernmeldegeheimnis unterliegen¹⁹ – überhaupt verwendet werden könnten und wie die Auskunftseien diese Informationen erhalten könnten.

- Nr. 1 lit. c macht zur Bedingung, dass bei der Erstellung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten keine Informationen aus Zahlungseingängen und -ausgängen auf Geldkonten verwendet werden dürfen. Diese Zahlungsdaten sind besonders sensibel.²⁰ Umfasst von dieser Regelung sind sogenannte Kontotransaktionsdaten, die etwa über regulierte Kundeninformationsdienste nach dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz ausgelesen und bereitgestellt werden können und Aufschluss über einzelne Zahlungsein- und -ausgänge einschließlich der jeweiligen Absender, Empfänger und Verwendungszwecke geben können. Die daraus ableitbaren Informationen bergen erhebliche Risiken für Betroffene, da sie im großen Umfang Erkenntnisse über persönliche und intime Aspekte der Lebensführung zulassen. Besondere gesetzliche Vorgaben, die etwa die Pflicht zur Einbeziehung von Informationen über Einkommensverhältnisse zur Risikobewertung betreffen, bleiben unberührt. Hier ist wiederum auf Art. 18 Abs. 3 der Verbraucherkreditrichtlinie hinzuweisen und seine Umsetzung: „Die Prüfung der Kreditwürdigkeit wird auf der Grundlage einschlägiger und genauer Informationen über Einkommen und Ausgaben des Verbrauchers sowie andere finanzielle und wirtschaftliche Umstände vorgenommen, die erforderlich sind und in einem angemessenen Verhältnis zu der Art, der Laufzeit, der Höhe und den Risiken des Kredits für den Verbraucher stehen. Zu diesen Informationen können Belege über Einkommen oder andere Quellen für die Rückzahlung, Informationen über Vermögenswerte und Verbindlichkeiten oder Informationen über andere finanzielle Verpflichtungen zählen“.

¹⁷ BeckOK InfoMedienR/*Hoven/Gersdorf*, 43. Ed. 1.8.2023, NetzDG § 1 Rn. 19.

¹⁸ BeckOK InfoMedienR/*Hoven/Gersdorf*, 43. Ed. 1.8.2023, NetzDG § 1 Rn. 20 unter Hinweis auf BT-Drs. 18/12356, 7.

¹⁹ Zu Reichweite und Grenzen *Wischmeyer Dreier*, Grundgesetz-Kommentar 4. Auflage 2023 Rn. 60-63: „Genaue Einzelfallprüfung“

²⁰ BT-Drucks. 20/10859, S. 24.

- Nr. 1 lit. d) ersetzt die bisher in § 31 Abs. 1 Nr. 3 BDSG vorgesehene Möglichkeit, Anschriftendaten für die Berechnung eines Wahrscheinlichkeitswerts zu nutzen, solange der Wert nicht ausschließlich auf Anschriftendaten beruht. Diese Rechtslage hat nach Auffassung der Entwurfsverfasser dem Diskriminierungsrisiko nicht hinreichend Rechnung getragen.²¹ Zudem hat das Ausschließlichkeitsmerkmal Möglichkeiten zur Umgehung eröffnet. Im Anwendungsbereich des § 37a BDSG ist die Einbeziehung der Anschrift von natürlichen Personen nunmehr generell ausgeschlossen. Wiederum gilt: Die Zulässigkeit der Verarbeitung der Anschrift im Übrigen, etwa zu Zwecken der Kommunikation mit einer natürlichen Person, bleibt davon unberührt.²² Gleiches gilt für den Zweck der Identifikation oder der bloßen Übermittlung der Adresse zur Betrugsprävention. Der Gesetzgeber würde damit eine Linie weiterverfolgen, die sich bereits in der Vergangenheit abzeichnete. Die BDSG-Reform 2009 führte den § 28 b Nr. 3 BDSG ein, der schon damals ursprünglich strenger gedacht war und der jetzt angestrebten Regelung entsprach.²³ 2015 fassten Bündnis 90/Die Grünen nochmal nach und forderten das wiederum.²⁴ Die Banken machen davon nahezu ohnehin keinen Gebrauch²⁵ und in den USA wird das Geo-Scoring²⁵ schon seit den 70er Jahren unter dem Stichwort „Redlining“ als mögliche Diskriminierung.²⁶ Mit der neuen Regelung sollte die Praxis leben können.
- Nr. 2 macht zur Bedingung, dass die Erstellung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten keine minderjährigen Personen betreffen. Dies entspricht dem Regelungsgedanken des Erwägungsgrundes 71 Unterabsatz 1 S. 5 DSGVO („Diese Maßnahme sollte kein Kind betreffen.“) – macht aus einem bloßen Erwägungsgrund freilich weitergehend „hard law“. Die damit unmögliche Bonitätsbewertung Minderjähriger wäre in Anbetracht deren fehlenden Geschäftsfähigkeit ohnehin regelmäßig wenig sinnvoll. Die Regelung trifft keine Aussage darüber, ob ein Wahrscheinlichkeitswert über

²¹ BT-Drucks. 20/10859, S. 24.

²² Wiederum ausdrücklich BT-Drucks. 20/10859.

²³ BT-Drucks. 16/10529, S. 25 und Begründung S. 26.

²⁴ BT-Drucks. 18/4864, S. 7.

²⁵ So jedenfalls die Feststellung des ULD Schleswig-Holstein 2014 in seinem Abschlussbericht „Scoring nach der Datenschutznovelle 2009 und neuere Entwicklungen, S. 83: „Übereinstimmend berichten mit einer Ausnahme alle befragten Kreditinstitute, dass sie keine Daten zur Wohngegend bzw. Geo-Scoring verwenden. Als grundsätzliche Probleme von Geo-Scoring werden das Erlangen einer umfassenden Datenbasis, die Sicherstellung der Aktualität dieser Datenbasis und die Berücksichtigung der Dynamik der Stadtentwicklung genannt. Lediglich ein Kreditinstitut benutzt Infoscore-Daten zur Wohngegend bei der Score-Bildung. Da Infoscore Geo-Scoring-Daten verwendet, fließt der Wohnsitz als Variable indirekt in die Kreditentscheidung der Bank ein“. Zur damaligen Praxis der Auskunfteien s. S. 72. Abrufbar

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2014/studie-scoring.pdf?__blob=publicationFile&v=1

²⁶ Hsia, Credit Scoring and the Equal Opportunity Act, Hastings Law Review Bd. 30/Vol. 2 [1978].

eine gerade volljährig gewordene Person erstellt werden darf, der auf Daten beruht, die sich auf das Verhalten der Person vor Erreichen der Volljährigkeit beziehen – es scheint aber naheliegend, dass das Verbot auch hier gilt. Auch hier will die DSK mehr. Sie hält es „für erforderlich, in § 37a Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E in Anlehnung an das AGG, ein Verbot der Nutzung von Daten zum Alter (für Wahrscheinlichkeitswerte im Sinne von § 37a Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E) und zum Geschlecht der betroffenen Person als Grundlagen der Erstellung oder Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswertes zu prüfen“.²⁷ Nun nutzen die Auskunfteien schon bisher jedenfalls wohl nur selten das Alter und Geschlecht als Faktoren²⁸, obwohl das Alter aber durchaus kreditrelevant sein kann: Das Sterberisiko ist ein Kreditrisiko und der Gang in die Rente sicherlich auch. Die Regelungen des AGG sind keine absoluten Diskriminierungsverbote, sondern eine Benachteiligung wegen des Alters aus sachlichem Grund ist zulässig, s. § 20 Abs. 1 S. 1 AGG. Eben diese unterschiedliche Bonität, die an das Alter anknüpft, kann eine solche Rechtfertigung sein.²⁹ Man verzichtet also bereits aktuell weitergehender, als rechtlich erforderlich und systematisch geboten. Eine solcher Neuregelung bedarf es nicht.

- Nr. 3 lit. b) legt schließlich eine Zweckbindung der zur Erstellung und Verwendung genutzten Daten fest. Auf den ersten Blick erscheint das als problematisch, weil zumindest missverständlich, denn der Bezugspunkt der „anderen Zwecke“ ist unklar, weil das Gesetz hier schweigt: Ist es der Zweck der Scoreerstellung oder der Zweck des Scores, der in Absatz 1 normiert ist? Nur letzteres kann richtig sein, weil nur dies der Systematik und dem Verbraucherschutz entspricht: Wenn man unter Zweck iSd. nicht den Zweck des Scores nach Absatz 1 versteht (Vertragsbegründung im weiteren Sinne und Bonitätsprüfung), sondern Zweck eben allein die Erstellung eines Scores selbst wäre dann wäre z.B. auch die Beauskunftung der Rohdaten selber, die in den Score einfließen, nicht mehr möglich. D.h. die Bank würde – anders als aktuell - einzig den Score bekommen, könnte aber im Austausch mit den Kunden ihn nicht Anhand der Daten, die in den Score eingeflossen sind, validieren. Das ist nicht im Sinne des Verbraucherschutzes. Dass das neue Recht wohl in der Tat so gelesen werden muss, macht auch die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats deutlich. Der Bundesrat meinte noch: „Aus der bisherigen Regelung geht nicht eindeutig hervor, auf welche Zwecke Bezug genommen wird. Gemeint sein könnten sowohl die Zwecke des § 37a Absatz 2 Nummer 3 Buchstabe

²⁷ aaO, S. 8.

²⁸ S. exemplarisch die SCHUFA AG: „Das Alter und das Geschlecht werden im SCHUFA-Scoring nicht berücksichtigt. Den Familienstand speichert die SCHUFA gar nicht erst.“ abrufbar https://www.schufa.de/scorechecktools/pt_einflussfaktoren.html.

²⁹ Hierzu ausführlich MüKoBGB/*Thüsing*, 9. Aufl. 2021, AGG § 20 Rn. 13-29.

a als auch die Zwecke des § 37a Absatz 1. Es bedarf daher der Klarstellung³⁰. In seiner Ablehnung der vom Bundesrat geforderten Klarstellung betonte die Bundesregierung: „Der ausdrückliche Verweis auf Absatz 1 wird ... als nicht erforderlich erachtet. Der jetzige Wortlaut ist in seiner Bezugnahme hinreichend klar“.³¹ So ist es dann wohl. Weitere Klarstellung scheint entbehrlich, auch wenn sie sicherlich nicht schädlich wäre.³² Man weitergehend freilich darüber nachdenken, die Regelung zu streichen – und das wäre richtig. Denn mit der – ohnehin geltenden - Zweckbindung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b) DSGVO hat das nach dem einen wie dem anderen Verständnis jedenfalls nichts zu tun. Danach dürfen Daten nur „für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden“. Das ist gut und richtig so – einer der wesentlichen Grundsätze des Datenschutzes.³³ Durch die neue Vorschrift aber werden die Zwecke eben nicht durch den Verarbeiter vorgegeben, sondern durch den Gesetzgeber. Eine solche besondere Zweckbindung wäre nicht ganz ohne Vorbilder. Aber die früher z.B. in §§ 14 Abs. 4, 31 BDSG aF normierte besondere Zweckbindung bei Daten, die ausschließlich zu Zwecken der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebs einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert werden, findet in der DSGVO keine Entsprechung und ist daher entfallen. In der Tat: Daten können auch zu anderen legitimen Zwecken durch die Kreditauskunfteien gespeichert werden.³⁴ Solche „doppeltrelevanten“ Daten müssen auch für mehrere legitime Zwecke verarbeitet werden können. Die Kreditauskunftei müsste sich sonst zwischen den Zwecken entscheiden und wird diese Entscheidung ggf. nicht am Verbraucherschutz orientieren, sondern an dem Geschäftsfeld, das profitabler ist - auch wenn die meisten Zwecke der Verarbeitung durch die Zwecksetzung des Absatz 1 also abgedeckt sein dürften (insb. etwa Geldwäscheprävention oder Betrugsbekämpfung durch Abs. 1 Nr. 1). Die weitergehende Forderung des Deutschen Anwaltsvereins, die Beschränkung also ganz zu streichen, hat also viel für sich.³⁵ Ebenso wichtig scheint der Hinweis der PKV in ihrer Stellungnahme³⁶

³⁰ BT-Drucks. 20/10859, S. 33.

³¹ BT-Drucks. 20/10859, S. 39.

³² Gleichsinnig die Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft, S. 3.

³³ Ausführlich Paal/*Panby/Frenzel*, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 5 Rn. 23 mwN.

³⁴ S. etwa die aktuellen Hinweise nach Art. 14 DSGVO nahezu gleichlautend mehrerer Kreditauskunfteien: „Die Verarbeitung der Daten erfolgt darüber hinaus zur Betrugsprävention, Geldwäscheprävention, Seriösitätsprüfung, Identitäts- und Altersprüfung, Anschriftenermittlung, Kundenbetreuung, Direktmarketing oder Risikosteuerung sowie Tarifierung oder Konditionierung. Neben den vorgenannten Zwecken verarbeitet die CRIF Bürgel GmbH personenbezogene Daten auch zu internen Zwecken (z.B. Geltendmachung rechtlicher Ansprüche und Verteidigung bei rechtlichen Streitigkeiten, allgemeine Geschäftssteuerung und Weiterentwicklung von Dienstleistungen und Produkten, Gewährleistung der IT-Sicherheit und des IT-Betriebs)“.

³⁵ S. die Stellungnahme DSV, S. 4.

³⁶ Stellungnahme PKV, S. 5.

PKV, dass deren Unternehmen nicht einzuhalten, die mit eigenen Daten Wahrscheinlichkeitswerte errechnen, dies grds. immer mit Daten, die bereits vorher zu einem anderen Zweck verarbeitet wurden und auch nachfolgend noch zu anderen Zwecken dienen können. Das hat mit dem Geschäft der Auskunfteien, das man ja regeln will, nichts zu tun. Ich gehe davon aus, dass diese Scoreerstellung durch Art. 22 Abs. 2 lit. a) DS-GVO legitimiert ist, und dass man daran nicht rütteln will und – weil europarechtlich vorgegeben auch nicht rütteln kann. Der Ausschuss mag dies in seiner Stellungnahme festhalten – oder auch darauf verzichten, wenn er ohnehin so denkt und eine Klarstellung nicht für erforderlich hält.

3. Worauf bewusst – und zurecht! - verzichtet wurde

Abweichend von den DSK-Handlungsempfehlungen verzichtet der Gesetzentwurf bislang darauf, in § 37a Abs. 2 Nr. 3 lit. a BDSG-E eine formale Zertifizierung für die dem Scoring zu Grunde zu legenden wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahren zu fordern. Die DSK stört das.³⁷ Das liegt auf einer Linie mit anderen Stellungnahmen des DSK, in der sie auch in ganz anderen Bereichen solche Zertifizierungen fordert, ohne dass dies der Gesetzgeber aufgegriffen hat. Auch hier sollte er davon Abstand nehmen, den Vorschlag aufzugreifen und dieser Forderung eben nicht nachkommen. Denn bereits nach aktuellem Recht und nach dem vorliegenden Wortlaut des § 37a Abs. 2 Nr. 3 lit. a BDSG-E ist ein Scoring ja nur erlaubt, wenn es wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahren folgt. Die Kreditauskunftei trägt hierfür die Beweis- und Darlegungslast. Wie sie der nachkommt, ist dann ihre Sache – Hauptsache, dass sie ihm nachkommt. Einfach mal drauflos zu machen, das kann sie ohnehin nicht, schwebt doch über all ihrem (möglichweise dann rechtswidrigem) Handeln das Damoklesschwert der Schadensersatzverpflichtung unabhängig vom Verschulden.³⁸ Das ist sicherlich verhaltenssteuernd genug. Eine Verengung auf eine Prä-Zertifizierung ist da fehlgehend. Hier würde Verwaltungsaufwand geschaffen werden, den die Politik gerade zurecht abbauen will.³⁹ Zudem wäre dies zuweilen durchaus kontraproduktiv im Sinne des Verbraucherschutzes: Schnelle Anpassungen des Scorings, wenn man Defizite des Verbraucherschutzes als Auskunftei erkannt hat, wären nicht möglich, müsste man doch stets den Umweg über eine Zertifizierung gehen. Wie systemfremd das wäre, das zeigt zudem auch der neue AI-Act: Hier ist eine obligatorische

³⁷ aaO, S. 9. Gleichsinnig vzbv: „Faires und transparentes Bonitätsscoring gesetzlich verankern - Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V. (vzbv) zum Regierungsentwurf zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) - 28. März 2024“.

³⁸ Ausführlich dazu *Thüsing/Zhou*, ZD 2024, S. 3 ff. sowie EuGH v. 11.4.2024 – Rd. 741/21, NJW 2024, 1561 (m. Anm. *Bramß*).

³⁹ S. die Auseinandersetzung zwischen den Abgeordneten *Mahmut Özdemir* (SPD) und *Henrichmann* (CDU), Plenarprotokoll 20/168, S. 21634 f.

Konformitätsbewertung nach Artt. 16, 43 vorgesehen – aber eben nur für Anbieter von KI-Systemen mit hohem Risiko. Das ist der richtige Maßstab. Wenn das Scoring darunter fällt, dann bedarf es einer solchen Regelung nicht – wenn nicht, dann wäre er systematisch verfehlt.

Wenig überzeugend vor eben diesem Hintergrund von Beweislast und Haftungsrisiko ist die Forderung der DSK, zukünftig ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen, dass der Gesetzgeber Verfahren zur Sicherstellung richtiger und aktueller Daten für das Scoring implementieren sollte.⁴⁰ Diese Empfehlung hat keinen Eingang in § 37a BDSG-E gefunden. Die DSK verweist daher auf eine vorangegangene Stellungnahme vom 11. Mai 2023. In dieser Stellungnahme von 2023 forderte das Gremium bereits: „Im Rahmen technisch-organisatorischer Maßnahmen ist zu gewährleisten, dass die Daten korrekt erhoben werden und die Richtigkeit und Aktualität der Daten gewährleistet ist. Hierzu sollen Prozesse etabliert werden, die sowohl eine angemessene Erstprüfung als auch ein regelmäßiges Monitoring des Datenbestandes sicherstellen.“⁴¹. Das tun die Auskunftfeien bereits jetzt aus eigenem Interesse, und wenn sie es nicht tun sollten und es mit der Compliance nicht so genau nehmen, dann führt das bereits jetzt zu rechtswidriger Datenverarbeitung, die mit Sanktionen belegt ist. Eine weitergehende Compliance-Regel wäre hier systemwidrig, weil sie keine materiellen Anforderungen formuliert, sondern einen Prozess, der zu dem Ziel materieller Rechtmäßigkeit führen soll. Der liegt aber in der Complianceverantwortung der handelnden Akteure, die e als die Sachnäheren im Einzelfall regelmäßig besser wissen als der Gesetzgeber, was dafür erforderlich ist und was nicht.

4. Ein Punkt, der wohl doch schon hinreichend klar ist: Erstellung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten über die Zahlungsfähig- und Zahlungswilligkeit

Der neu eingefügte Absatz 3 nimmt ebenfalls Bezug auf Art. 22 Ab. 1 DSGVO und regelt für den besonderen Fall der Erstellung und Verwendung von Wahrscheinlichkeitswerten über die Zahlungsfähig- und Zahlungswilligkeit von natürlichen Personen die zusätzlich zu Absatz 1 geltenden Bedingungen, unter denen Ausnahmen von dem Recht bestehen, keiner ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidungen unterworfen zu sein. Die sonstigen Regelungen entsprechen den Vorgaben der bisherigen Fassung des § 31 Abs. 2 S. 1 BDSG. Die ehemals in § 31 Abs. 2 S. 2 BDSG enthaltene Klarstellung, wonach die Zulässigkeit der Verarbeitung, einschließlich der Ermittlung von Wahrscheinlichkeitswerten, von anderen bonitätsrelevanten Daten nach allgemeinem Datenschutzrecht unberührt bleiben sollte, wurde

⁴⁰ aaO, s. 8.

⁴¹Stellungnahme der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 11. Mai 2023 Vorschläge für Handlungsempfehlungen an die Bundesregierung zur Verbesserung des Datenschutzes bei Scoringverfahren, S. 6.

nicht übernommen. Diese Bestimmung hatte lediglich klarstellenden Charakter – dort, wo eine Klarstellung gar nicht erforderlich war.

5. Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person

Der neu einzufügende Absatz 6 setzt die Mindestvorgaben des Art. 22 Abs. 3 DSGVO zur Schaffung angemessener Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person um. Anlässlich Art. 22 Abs. 2 Buchstabe a) und c) DSGVO erklärt Art. 22 Abs. 3 DSGVO, dass zu diesen Maßnahmen mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens der verantwortlichen Stelle, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung gehört. Dieser Mindeststandard wird auch für die Regelungen im neuen § 37a Abs. 1 und Abs. 2 übernommen. Wichtig ist zum Verständnis: Damit ist ein Recht auf Eingreifen durch den Entscheider, also den Kunden der Auskunft geschaffen, nicht dessen, der maßgeblich auf diese Entscheidung durch den Score einwirkt. Hier würde ein solches Recht zum einen wenig bringen: Wie wollte man einen Algorithmus davon überzeugen, dass er irrt? Es geht um die Kreditwürdigkeit als Grundlage der Entscheidung für oder gegen den Kredit, nicht um die Richtigkeit des Scores.

6. Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Der vorgesehene Absatz 5 nimmt die Anwendung des § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG im Anwendungsbereich des neuen § 37a BDSG aus. Verantwortliche Stellen, die ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidungen treffen, unterliegen den besonderen Auskunftspflichten des Art. 15 Abs. 1 lit. h) DSGVO, wonach aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person bereitgestellt werden müssen. Der ebenfalls neu eingefügte § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG enthält Regelungen zur Berücksichtigung schützenswerter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bei der Prüfung von Auskunftsansprüchen. Ob das europarechtskonform ist, darüber mögen andere streiten. Wenn es die DS-GVO eins zu eins wiedergibt, dann ist es überflüssig – wenn es davon abweicht, dann ist es unwirksam. Die Gesetzesbegründung erläutert: Mit Blick auf nationale Rechtsprechung zur Abwägung zwischen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und der Auskunft über die abstrakte Methode der Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte könnte mit der Anwendung des § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG im Anwendungsbereich des § 37a BDSG eine nationale Vorfestlegung einhergehen, die mit europarechtlichen Vorgaben nicht vereinbar sein könnte. Insbesondere im Hinblick auf erwartete Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Art. 15 Abs. 1 lit. h) DSGVO wird die

Anwendung des § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG im Anwendungsbereich des neuen § 37a BDSG daher ausgenommen. Eine inhaltliche Aussage über die Gewichtung schützenswerter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Kontext der Art. 15 Abs. 1 lit. h) und 22 Abs. 1 DSGVO wird damit nicht getroffen. Damit bleibt es beim Europarecht: Erwägungsgrund 63 S. 5 DSGVO stellt klar, dass das Auskunftsrecht nach Art. 15 DSGVO Geschäftsgeheimnisse nicht beeinträchtigen sollte, diese also gem. Art. 15 Abs. 4 DSGVO einem Auskunftsverlangen entgegengehalten werden können.⁴² Das Interesse des Verantwortlichen am Schutz des Geschäftsgeheimnisses ist mit dem Auskunftsinteresse des Betroffenen in Einklang zu bringen.⁴³ Diese Erkenntnis ist nicht neu. Der EuGH streifte das Spannungsfeld von Geheimhaltungs- und Auskunftsinteresse bei der Erstellung von Scorewerten zwar,⁴⁴ verzichtete aber gleichwohl darauf, sich hier klar zu positionieren.⁴⁵

7. Transparenzpflichten für verantwortliche Stellen

Absatz 4 sieht umfassende Transparenzpflichten für verantwortliche Stellen vor, die im Rahmen von ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidungen Wahrscheinlichkeitswerte nach Absatz 2 oder Absatz 3 erstellen und verwenden. Wichtig ist: Verwender des Scores ist der Onlinehandel oder die Bank, nicht die Auskunftfei.

8. Fragen, die weiterhin offenblieben

Wichtige Fragen würde damit der Gesetzgeber klar beantworten – anderes bleibt offen. So bleibt unklar, welche Auswirkungen der neue § 37a BDSG auf nicht vollständig auf automatisierten Verarbeitungen beruhende Entscheidungen hat. Dort, wo etwa die Errechnung eines Wahrscheinlichkeitswertes nicht auf einer vollständig automatisierten Verarbeitung beruht, greift das Verbot nach Art. 22 DSGVO nicht, ebenso wenig die Öffnungsklausel gem. Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO. Da nach dem Gesagten § 37a BDSG keine datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm darstellt, ist die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung in allgemeinem Datenschutzrecht zu suchen; auch und insbesondere für nicht auf vollständig automatisierter Verarbeitung beruhende Entscheidungen. Messlatte für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung ist also weiterhin Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Auch insoweit kann die neue gesetzliche Regelung aber jedenfalls ein Fingerzeig darauf sein, welche personenbezogenen Daten für die Errechnung zulässigerweise verarbeitet werden dürfen und welche nicht. § 37a BDSG – das scheint naheliegend – kann also in verwandten Sachverhalten mittelbar dadurch Wirkung entfalten, dass er in offene Abwägungsklauseln wie

⁴² S. hierzu ausf. Peisker, Der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch, 2023, S. 439 ff.

⁴³ Thüsing/Thüsing/Pötters, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 37.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, BB 2022, 270 Rn. 16, 56.

⁴⁵ Hierauf hinweisend auch Klein, BB 2024, 266, 268.

Art. 6 Abs. 1 lit. b) und f) DSGVO „hineingelesen“ wird, freilich mangels Öffnungsklausel ohne eine letztverbindliche Aussage über die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung zu treffen.

9. Bedeutung über das Scoring hinaus

Für das Scoring wird es also künftig klare Linien geben. Vielleicht ebenso wichtig an dem Urteil sind aber nicht nur die Auswirkungen auf die Kreditauskunfteien und die Kreditvergabe, sondern ihre über den Einzelfall hinausgehenden Folgen. Denn der Bereich der vollständig automatisierten Entscheidung, vor dem die DSGVO den Betroffenen schützen will, wird erheblich ausgeweitet – mit solch weitreichenden Konsequenzen, dass man die Sinnhaftigkeit durchaus hinterfragen kann.⁴⁶ Denn der EuGH verlagert den Zeitpunkt der Entscheidung nicht unerheblich nach vorne: Die automatisierte Entscheidung über einen Kreditantrag treffe nicht (allein) das Kreditinstitut auf Grundlage des Score-Wertes, sondern bereits die Kreditauskunftei durch die Berechnung des Score-Wertes, wenn das Kreditinstitut den Score-Wert seiner Entscheidung „maßgeblich zugrunde legt“. Grundsätzlich bedeutet „ausschließlich automatisiert“ aber „ohne jegliches menschliches Eingreifen“.⁴⁷ Wenn es reicht, dass eine automatisierte Datenverarbeitung nun bereits dann ausschließlich automatisiert ergeht, wenn sie einen nicht unwesentlichen Einfluss auf die spätere menschliche Entscheidung hat (was anders könnte „maßgeblich zugrundelegen“ heißen⁴⁸), dann vervielfältigen sich die Fallgestaltungen. Bereits Entscheidungsvorbereitungen sind jetzt am Maßstab der Entscheidung zu messen.⁴⁹ Die Auswirkungen sind weitreichend: Erstens bedürfte jede automatisierte Datenverarbeitung, auf die Entscheidungen maßgeblich gestützt werden, der besonderen gesetzlichen Legitimation bzw. Einwilligung, und zweitens bedürfte auch jede menschliche Entscheidung, die maßgeblich auf einer automatisierten Datenverarbeitung beruht, einer solchen gesetzlichen Legitimation bzw. Einwilligung Um es plastisch zu machen: Lehnt ein Vermieter einen Mieter ab, weil er ihn gegoogelt hat, dann stützt er sich auf eine ausschließlich automatisierte Datenverarbeitung; gleicht eine Bank Kontodaten eines Kunden mit den sog. Terrorlisten automatisiert ab und friert nach einem Treffer die Guthaben vorläufig bis zur weiteren Klärung ein, dann wäre dies, trotz menschlicher Entscheidung, von den besonderen Regeln

⁴⁶ S. auch die Kritik *Taegers*, BKR 2024, 41: „Während es im Tatbestand des Art. 22 DSGVO heißt, dass eine betroffene Person nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen sein darf, soll die Anwendung des Verbots aus Art. 22 DSGVO schon auf das externe Scoring nun von dem im Tatbestand nicht vorkommenden Begriff ‚maßgeblich‘ abhängen, der die Verwendung des Scorewertes durch den Kreditgeber im Verhältnis zur Wirtschaftsauskunftei also einem Dritten beschreibt. Es ist nicht nachvollziehbar, dass nach der ‚Theorie vom Zusammenwirken‘ die Rechtmäßigkeit der externen Wahrscheinlichkeitswertberechnung vom künftigen, nicht vorhersehbaren Verhalten des Empfängers eines Scores abhängen soll.“

⁴⁷ Erwägungsgrund 71 S. 1 DSGVO.

⁴⁸ Zu den Deutungen durch den Generalanwalt s. *Thüsing/Peisker/Musiol*, RDV 2022, 189, 194. S. auch Heinen, NZA 2024, 33, 36.

⁴⁹ Entgegen der bisher h.M., s. *Heinen*, NZA 2024, 33: „Die herrschende Meinung lehnt eine Anwendung des Art. 22 I DS-GVO auf die automatisierte Entscheidungsvorbereitung ab“.

vollständig automatisierter Verarbeitung erfasst, weil eben der Abgleich einen wesentlichen Einfluss hat. Jedes ärztliche Rezept, das maßgeblich auf Datenverarbeitungen z.B. in großen Kohortenstudien beruht, die mittels künstlicher Intelligenz ausgewertet werden, wäre ebenso eine automatisierte Entscheidung, wie die zugrundeliegende Datenverarbeitung. Selbst der Umweg des Taxifahrers, der nach Navi fährt, wäre eine automatisierte Entscheidung, die nach der DSGVO unzulässig wäre, sofern sie dem Betroffenen gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder ihn in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

All das könnte künftig eine sehr viel weitgehender Dimension erhalten. Zurecht erfolgte ein Hinweis des Hamburger Datenschutzbeauftragten noch am Tag der Entscheidung: „Urteil von wegweisender Bedeutung auch für KI-basierte Entscheidungen“.⁵⁰ In der Tat: Dass das Ergebnis einer KI am Ende den Entscheidungsprozess maßgeblich beeinflusst, wird viel häufiger sein, als dass sie ihn ausschließlich bestimmt. Dann aber bedarf es auch hier jeweils ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung. Wie dies angesichts der Vielgestalt möglicher KI-Anwendungen gelingen kann, ist offen. Dies wird eine weitere große Herausforderung künftiger Rechtsentwicklung sein.

IV. Hinweise zu Vorschlägen, die es nicht in den Entwurf geschafft haben, insb. zur Nutzung von Gesundheitsdaten durch die Unternehmen der PKV.

Schließlich ist der Blick kurz auf Vorschläge zu anderen Vorschriften des BDSG zu richten, die es nicht in den Entwurf geschafft haben. Dazu gehört etwa die Streichung des § 38 BDSG (Datenschutzbeauftragte nichtöffentlicher Stellen), die im Laufe des bisherigen Gesetzgebungsverfahrens intensiv diskutiert und mittlerweile aufgegeben wurde. Damit geht eine Stärkung der Stellung des Datenschutzbeauftragten einher. Darüber hinaus haben etwa auch Vorschläge zur Änderung des § 41 Abs. 1 S. 1 BDSG im Hinblick auf die Haftung juristischer Personen ihren Weg nicht in den Entwurf gefunden. Zu Recht, denn angesichts der unklaren Auswirkungen der EuGH-Vorgaben auf die Praxis⁵¹ und der noch laufenden Verfahren, sollte noch gewartet werden. Die Bundesregierung ist sich aber bewusst, dass sich zukünftig gesetzgeberischer Handlungsbedarf ergeben könnte.⁵²

Ein großer und wichtiger Bereich, der auf eine (umfassende) Regelung wartet, ist der Beschäftigtendatenschutz – s. auch die Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft und der PKV. Nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. C-34/21 sind die dem Verfahren zu Grunde

⁵⁰ S. die Pressemitteilung vom selben Tag, Auswirkungen des Schufa-Urteils auf KI-Anwendungen, abrufbar <https://datenschutz-hamburg.de/news/auswirkungen-des-schufa-urteil-auf-ki-anwendungen>.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 5.12.2023 – C-807/21.

⁵² BT-Drs. 20/10859, S. 40; s. auch *Wybitul/Zhou*, ZD 2024, 301.

liegenden hessischen Landesdatenschutzvorschriften nicht mehr aufrecht zu erhalten, weil sie die DSGVO inhaltsgleich wiederholen und damit keine spezifischeren Vorschriften i.S.d. Art. 88 DSGVO darstellen.⁵³ Das gilt auch für den nahezu identischen § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG, der für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten nicht mehr herangezogen werden kann.⁵⁴ Ein unbefriedigender Zustand, der angegangen werden sollte. Die Bundesregierung hat bereits in ihrer Nationalen Datenstrategie aus 2023 ein eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz angekündigt,⁵⁵ dessen Regierungsentwurf aber bislang noch auf sich warten lässt.

Noch wichtiger vielleicht ist der auch von der PKV⁵⁶ in ihrer Stellungnahme angesprochene Regelungsdefizit im Hinblick auf die Nutzung von Gesundheitsdaten durch die Unternehmen der privaten Krankenversicherung: Angebote der PKV im Bereich des Gesundheitsmanagements zur Gewährleistung einer hochwertigen medizinischen Versorgung im Sinne der Versicherten erfordern eine korrespondierende Daten Verarbeitungsbefugnis der Versicherer. Hierfür kann auch die Analysen von Rechnungsdaten erforderlich sein für die Unterbreitung individueller Angebote des Gesundheitsmanagements, auch ohne die vorherige Einholung einer entsprechenden ausdrücklichen Einwilligung der Privatversicherten. Gleichbehandlung mit der GKV ist sinnvoll: Nach § 284 Abs. 1 Nr. 14, Abs. 3 S. 1 SGB V ist den gesetzlichen Krankenkassen die Erhebung und Speicherung von Daten zur Gewinnung von Versicherten für die Vorbereitung und Durchführung von Gesundheitsmanagementprogrammen ausdrücklich gestattet. Der entsprechende Vorschlag des PKV-Verbands zur klarstellenden Neufassung des § 22 BDSG ist sinnvoll und sollte umgesetzt werden.⁵⁷

V. Eine kurze Summa

Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes ist – gemessen am Umfang – ein „kleines“, aber wichtiges Update für das BDSG, mit dem einige Detailkorrekturen vorgenommen und EuGH-Rechtsprechung umgesetzt werden. Betrachtet man die beiden Kernanliegen des Entwurfs etwas näher, so muss man im Hinblick auf die Institutionalisierung der DSK aber konstatieren, dass der derzeit geplante § 16a BDSG-E zu keiner wirklichen Verbesserung des *status quo* führt. In Sachen Kredit-Scoring durch Wirtschaftsauskunfteien hat der Gesetzgeber mit § 37a BDSG-E eine umfassende Regelung

⁵³ EuGH, Urt. v. 30.3.2023 – C-34/21.

⁵⁴ S. etwa *Thüsing/Peisker*, NZA 2023, 213; *Zhou/Wybitul*, ArbRB 2023, 240. Ausführlich auch BAG v. 9.5.2023 - 1 ABR 14/22.

⁵⁵ Die Bundesregierung, Fortschritt durch Datennutzung – Strategie für mehr und bessere Daten für neue, effektive und zukunftsweisende Datennutzung, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2023/datenstrategie.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

⁵⁶ Stellungnahme PKV, S. 6.

⁵⁷ Stellungnahme PKV, S. 7.

geschafft, die ihren Zweck erfüllen wird: Verbraucherschutz, Persönlichkeitsschutz und wirtschaftliche Handlungsfähigkeit in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.