



Deutsche Gesellschaft für
Recht und Informatik e.V.

DGRI e.V. • Am Fasanengarten 5 • 76131 Karlsruhe

Dr. Katrin Haase LL.M.Eur.
Bundesministerium des Innern
Referat V II 4 - Datenschutzrecht
Alt-Moabit 101 D
10559 Berlin

Prof. Dr. Wolfgang Büchner
1. Vorsitzender
Karl-Scharnagl-Ring 5
80539 München

Tel.: 089 / 290 12 233
Fax: 089 / 290 12 222
wolfgang.buechner@lovells.com

München, 23. Oktober 2007

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (Stand:
10.09.2007);
Ihre Mail an Herrn Dr. Ehmann vom 12.10.2007**

Sehr geehrte Frau Dr. Haase,

die DGRI bedankt sich für die Möglichkeit, zu dem Gesetzentwurf im jetzigen Stadium
Stellung zu nehmen. Unsere interne Diskussion hat sich auf folgende Punkte fokussiert:

1. ALLGEMEINES ZUM ENTWURF

- 1.1 Der Änderungsentwurf versucht, einige der Streitpunkte, die stets zwischen
Unternehmen und Aufsichtsbehörden unterschiedlich bewertet wurden, einer
Regelung zuzuführen. Dies wäre an sich zu begrüßen. Es erscheint jedoch in
wesentlichen Punkten zweifelhaft, ob diese Absicht eingelöst wird.

Insbesondere durch die Einführung neuer, bisher sonst nirgends verwendeter
Rechtsbegriffe wie etwa die „überwiegend automatisierte Verarbeitung“ in § 6a ist zu
erwarten, dass es gerade bei den kraft europarechtlicher Vorgaben unabhängigen
Aufsichtsbehörden neue Differenzen geben wird.

Vor diesem Hintergrund erscheint der Ansatz des Entwurfs insgesamt fraglich. Er
dürfte den beabsichtigten Rechtsfrieden gerade nicht herbeiführen.

Geprüft werden sollte, ob nicht möglichst weitgehend auf neue Rechtsbegriffe
verzichtet werden kann.



- Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI) e.V. - - - - -	Vorstand: Prof. Dr. Wolfgang Büchner (1. Vors.) - - - - -
- - - - - Geschäftsstelle: Prof. Dr. Thomas Dreier (Geschäftsführer) - - - - -	Dr. Anselm Brandt-Dohrn, Prof. Dr. A. Wiebe (stellv. Vors.) - - - - -
- - - - - Universität Karlsruhe • Am Fasanengarten 5 • 76131 Karlsruhe - - - - -	Bankverbindung: Sparkasse Karlsruhe - - - - -
- - - - - Telefon: (07 21) 608-7570 • Fax: (07 21) 608 6506 - - - - -	Konto-Nr.: 22 404 743 • (BLZ: 660 501 01) - - - - -
- - - - - E-Mail: kontakt@dgri.de • Internet: www.dgri.de - - - - -	IBAN: DE2766050101 0022404743 - - - - -

- 1.2 Die vorgesehene Ergänzung des § 29 ist in ihrer Anwendbarkeit nicht auf den Bereich der Auskunfteien beschränkt. Auch der Bereich des Direktmarketing ist unmittelbar betroffen.

Geboten erscheint, dies in der Begründung zu thematisieren und – je nach Ergebnis der Diskussion – den Anwendungsbereich der Ergänzungen zu § 29 sachgerecht zu beschränken.

- 1.3 Nicht thematisiert sind in der Begründung weiterhin die Auswirkungen auf den Handel mit Forderungen aus Krediten, die sich insbesondere aus § 28 Abs. 3a des Entwurfs ergeben können. Angesichts der bekannten, kontroversen Diskussion und Rechtsprechung zur Abtretung von Kreditforderungen erscheint es nicht akzeptabel, dass die potentiellen Auswirkungen nicht erörtert werden.

Geboten erscheint, auch dies in der Begründung umfassend zu thematisieren.

2. **ZU EINZELNEN BESTIMMUNGEN DES ENTWURFS**

2.1 **Zu § 6a des Entwurfs**

Die Ausdehnung des Verbots von automatisierten Entscheidungen auf solche Verfahren, die überwiegend automatisiert sind, stellt den Rechtsanwender wegen der Einführung neuer unbestimmter Rechtsbegriffe (vor allem „überwiegend automatisierte Entscheidung“, „nachvollziehbare Begründung“) vor erhebliche Auslegungsschwierigkeiten und provoziert geradezu neue Auslegungsdifferenzen auch (aber nicht nur) zwischen den Aufsichtsbehörden. Ansätze zur Auslegung dieser Begriffe lassen sich auch in der sonstigen Rechtsordnung voraussichtlich nicht ermitteln; jedenfalls führten entsprechende Recherchen bisher nicht zum Erfolg.

Darüber hinaus dürfte die Neuregelung über das eigentlich Gewollte hinaus schießen. Wenn gewollt war, Praktiken auszuschließen, die durch eine Pro-Forma-Einschaltung eines Menschen in den Entscheidungsprozess die Anwendung des § 6a BDSG ausschalten sollten (was durchaus angebracht erscheint!) so sollte sich dies schon auf andere Weise erreichen lassen, etwa durch eine sachgerechte Interpretation des Begriffs „ausschließlich“.

Weiter ist zu bedenken, dass die Neuregelung eine kaum abschätzbare Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 6 a BDSG nach sich zöge. Die Interpretation, dass er immer dann zur Anwendung gelangen würde, wenn bei einem Entscheidungsprozess „auch“ automatisierte Verfahren zum Einsatz kommen, erscheint nicht ausgeschlossen. Denn die Entscheidung, wann diese Verfahren den Entscheidungsprozess „überwiegend“ beeinflussen, würde oft eine kaum durchführbare Ermittlung des subjektiven Vorgehens im Einzelfall erfordern.

Geboten erscheint eine nochmalige Überprüfung, ob die geplante Änderung von § 6 a BDSG überhaupt erforderlich ist.

2.2 **Zu § 28 Abs. 3a – 3d des Entwurfs**

Die ersichtlich angestrebten Klarstellungen und Erleichterungen für die Praxis dürften kaum eintreten.

Bisher sind sog. „weiche“ Daten in diesem Bereich nur schwierig handhabbar. Zumindest der größte Teil der Aufsichtsbehörden besteht immer noch darauf, dass ein gerichtlicher Mahnbescheid existiert, der die Forderung vordergründig amtlich bestätigt – was so freilich nicht zutrifft, weil ihr Bestehen durch das Gericht vor Erlass des Mahnbescheids gerade nicht überprüft wird.

Nun sollen statt der Einschaltung eines Gerichts vier einfache Mahnungen ausreichen, die jedoch nachweisbar zugestellt sein müssen und bestimmten zeitlichen Bedingungen unterliegen. Vordergründig stellt das eine deutliche Erleichterung dar. Näheres Hinsehen ergibt freilich, dass sie unter den Bedingungen eines ausgeprägten Massengeschäfts nicht eintreten wird. Vor allem die Nachweisbarkeit der Zustellung dürfte die Unternehmen vor nicht geringe Schwierigkeiten stellen. Zudem ist zu bedenken, dass vier Mahnungen nennenswerte Kosten verursachen. Diese werden – soweit das rechtlich möglich ist – dem Betroffenen in Rechnung gestellt werden. Soweit dies ausscheidet, werden die Kosten indirekt auf alle Kunden umgelegt, auch auf die Kunden, die keinen Anlass zu Mahnungen geben. Ein Streit darüber, ob die Regelungen dazu verpflichten, den Betroffenen viermal für ihn kostenfrei zu mahnen, ist zu erwarten; der Entwurf klärt dies nicht.

Geboten erscheint, die geplante Regelung insgesamt nochmals zu überdenken.

Unklar ist die Regelung für den Fall, dass die Forderung vom Betroffenen bestritten wird. Hier wird die Übermittlung oder Nutzung davon abhängig gemacht, dass tatsachenunterlegt das Bestreiten offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist. Bedeutet dies, dass in diesem Fall von der Einhaltung der Mahnungsabfolge abgesehen werden kann oder unterliegt dieser Fall ebenso dem Absatz 3a Ziff. 1-5?

Geboten erscheint, diese Frage bereits jetzt zu klären.

2.3 **Zu § 28 Abs. 3 b des Entwurfs**

Der Entwurf bringt insoweit eine Erleichterung von Bonitätsabklärungen, als insbesondere die Übermittlung der Daten über die Beantragung, Aufnahme, Abwicklung und Beendigung eines Kreditvertrages an Kreditauskunfteien nun ohne Einwilligung des Betroffenen möglich sein soll. Die Schufa-Klausel und damit eines der von der Rechtsprechung bisher wohl am häufigsten behandelten Datenschutzprobleme dürfte damit funktionslos werden und der Vergangenheit angehören. Es besteht insoweit nur noch eine Unterrichtungspflicht.

Zu Recht wird davon ausgegangen, dass die zur Zeit noch erforderliche Einwilligung aus der Sicht vieler Betroffener eher als notwendige Formalität denn als bewusste Entscheidung des Betroffenen existiert. Mit dem jetzt vorgeschlagenen Konzept ist allerdings auch eine grundlegende Abkehr vom Grundsatz der Einwilligung als auch vom Grundsatz der Interessenabwägung verbunden. Dieses „Weg von der Privatautonomie“ erscheint hier nicht gerechtfertigt. Die Schufa-Klausel hat sich – als Ergebnis langjähriger, wenn auch in sich nicht immer bruchfreier Rechtsprechung und Praxis im Ergebnis offensichtlich bewährt. Der angedachte Schritt kann als Signal dafür (miss)verstanden werden, dass der privatautonomen Entscheidung im Datenschutz künftig nicht mehr der Vorrang eingeräumt wird. Auch dürfte es Jahre dauern, bis die Bedeutung der neuen Tatbestandsmerkmale durch Rechtsprechung und Praxis in den Details konturiert ist. Dies beschwört Rechtstreitigkeiten und gerichtliche Verfahren geradezu herauf.

Geboten erscheint die Prüfung, ob die skizzierte Kehrtwendung im Grundsätzlichen gerechtfertigt erscheint.

2.4 **Zu § 28 Abs. 3 d des Entwurfs**

In dieser Vorschrift wird das Scoring geregelt. Klargestellt wird - was allerdings schlechterdings ohnehin nicht mehr erfolgreich bestritten werden konnte - dass das

Scoring als ein Nutzen personenbezogener Daten erlaubnisbedürftig ist. Gegen diese Klarstellung ist nichts zu sagen.

Die Zulässigkeit des Scoring ist zunächst einmal davon abhängig, dass ein Erlaubnistatbestand aus den Absätzen 1 bis 3 inklusive der neuen 3a bis 3c vorliegt (Ziff.3). Ebenfalls als Klarstellung ist festgelegt, dass das Scoring keine besonderen Datenarten (§ 3 Abs. 9 BDSG) nutzen darf (Ziff.2). Auch in diesen Punkten bestehen keine prinzipiellen Einwände.

Zusätzliche und tatsächlich neue Bedingung für eine Zulässigkeit von Scoring ist jedoch, dass durch ein wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren nachgewiesen werden kann, dass die verwendeten Daten für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des konkret bestimmten Verhaltens (des Betroffenen) erheblich sind. Die Entwurfsverfasser gehen wohl davon aus, dass durch die bisherige Entwicklung von Scoringverfahren bereits soviel statistisch-empirisches Wissen und Material geschaffen worden ist, dass solche wissenschaftlich anerkannten Verfahren bestehen. Betrachtet man die Praxis, so entstehen manchmal Zweifel, ob dies tatsächlich der Fall ist oder nicht eher nach der Methode des "Trial and Error" vorgegangen wird. Gerade deshalb bestehen gegen die neue Voraussetzung jedoch keine prinzipiellen Einwände.

Diese ergeben sich jedoch in folgender Hinsicht:

Im Rahmen des bisher besprochenen Änderungsentwurfs ist stets als Zweck der Nutzung oder Übermittlung von Daten die Beurteilung der Kreditwürdigkeit genannt worden. Absatz 3d enthält eine solche Zweckbestimmung nicht. Damit würde er sowohl auf solche Scoringverfahren anwendbar sein, die der Beurteilung der Kreditwürdigkeit dienen – diese waren bisher ja stets im Zentrum der Kritik –, als auch auf solche, wie sie im Bereich des Direktmarketing genutzt werden, um eine Streuung von Marketingmaterial zu vermeiden. Von der Zweckbestimmung her unterscheiden sich diese Scoringarten allerdings grundsätzlich. Dies bedingt auch höchst unterschiedliche mögliche Auswirkungen für den Betroffenen. Bewertungen der Kreditwürdigkeit werden in aller Regel gravierende Auswirkungen für den Betroffenen haben, wo hingegen die Entscheidung über die Zusendung eines Mailings von Betroffenen in der Regel weder veranlasst ist noch Auswirkungen für ihn zu befürchten sind, wenn er aufgrund eines Marketingscorings bestimmte Mailings nicht erhält. Sicherlich werden auch im Marketingscoring schon die Unternehmen im eigenen Interesse darauf zu achten haben, dass die Auswahl der genutzten Daten sowie die Verfahren zur Bewertung dieser Daten zumindest eine empirisch bestätigte Grundlage haben. Die hohen Anforderungen wie an ein Kreditscoring werden hieran jedoch sicher nicht gestellt werden dürfen.

Dass letztlich nur das Kreditscoring Objekt der aktuellen Änderungsvorschläge sein sollte, zeigen auch die weiteren Änderungsentwürfe zum Auskunftsrecht des Betroffenen (§ 34 Abs. 1a, Abs.2, 2a, alle E), zu denen weiter unten Stellung genommen wird.

Geboten erscheint, den Anwendungsbereich auf das Kreditscoring zu beschränken.

2.5 Zu § 34 des Entwurfs

Analog zu den bereits oben zum Entwurf des § 28 Abs. 3d E festgestellten Gegenargumenten muss auch die überaus weite Regulierung des Auskunftsrecht bei Scoringverfahren als unverhältnismäßig zumindest für einen Teil der hier angesprochenen Unternehmen abgelehnt werden. Aber auch bei Kreditscoringverfahren sollten die sehr hohen Anforderungen an die Unternehmen

hinsichtlich der Speicherung von Bewertungen und ihres Zustandekommens überdacht werden. Es ist informierten Betroffenen zuzumuten, Genaueres zum Bewertungsverfahren und dem Zustandekommen des konkreten Ergebnisses in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit dem Ereignis, der Ablehnung des Kreditantrags oder Gewährung unter verschlechterten Bedingungen, in Erfahrung zu bringen.

Speziell zu Absatz 5 erscheint folgender Hinweis angezeigt:

Die generelle Unentgeltlichkeit einer Auskunft nur daran fest zu machen, dass maximal eine pro Jahr verlangt wird, dürfte dem ursprünglichen Gedanken, dass das Auskunftsrecht kostenfrei verwirklicht werden können muss, näher kommen als die bisherige Regelung.

2.6 **Zu § 35 des Entwurfs**

Den Neuerungen ist im Ergebnis zuzustimmen:

(a) **Zu Absatz 1:**

Die zunehmende Speicherung lediglich geschätzter, statistischer Daten trägt die Gefahr in sich, dass diese Daten wie real personenbezogene gelesen und in die weiteren Verfahren einbezogen werden. Dem kann durch die Neuregelung entgegengewirkt werden.

(b) **Zu Absatz 2:**

Die vorgeschlagene Regelung wird bereits praktiziert und ist insoweit nur eine Anpassung an die wohl von der Auskunftsebranche als ausreichend und adäquate empfundene Praxis.

(c) **Zu den Absätzen 4 und 4a:**

Die Regelung erscheint sachgerecht.

2.7 **Zu § 43 Abs. 1 Nr. 8a des Entwurfs**

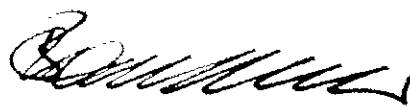
Die Androhung von Bußgeld bei fehlerhafter Auskunft gegenüber Betroffenen könnte zwar eventuell ein wirksames Regulativ gegenüber mutwilliger Nicht- oder Schlechterfüllung der Auskunftspflicht sein. Allerdings dürfte die Feststellung des Tatbestands und seiner schuldhaften Verwirklichung in vielen Fällen schwierig sein, da auch Betroffene oft ein Interesse haben, das Auskunftsverhalten von Unternehmen grundlos zu attackieren.

Angesichts der Komplexität der Materie, die der Gesetzentwurf behandelt, gehen wir davon aus, dass es weitere Entwurfsfassungen geben wird, bevor eine abschließende Beschlussfassung im Kabinett erfolgt. Bereits jetzt möchten wir deshalb unser Interesse signalisieren, gegebenenfalls erneut Stellung nehmen zu können.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Wolfgang Büchner
1. Vorsitzender



i.V.

Dr. Eugen Ehmann
Leitung Fachausschuss Datenschutz