

Universität Kassel
Nora-Platiel-Str. 5 • D – 34109 Kassel

An den Vorsitzenden des Innenausschusses
des Deutschen Bundestags
Herrn Ansgar Heveling

Universität Kassel
Fachgebiet Öffentliches Recht,
insb. Umwelt- und Technikrecht
Nora-Platiel-Straße 5
34109 Kassel

a.rossnagel@uni-kassel.de
fon +49-561 804 3130
fax +49-561 804 3737

Sekretariat: Edith Weise
fon +49-561 804 2874

24. November 2015

Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 30. November 2015 zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes – Verbesserung der Transparenz und der Bedingungen beim Scoring (Scoringänderungsgesetz)

Der Gesetzentwurf ist grundsätzlich zu begrüßen, da er das Ziel verfolgt, die Anforderungen an das Scoring auf bonitätsrelevante Informationen zu begrenzen, die wissenschaftliche Grundlage von Scoring sicherzustellen, die Transparenz der Scorewertbildung für den Betroffenen zu erhöhen und die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch Vorabkontrollen, Meldungen und regelmäßige Kontrollen durch die Aufsichtsbehörde sicherzustellen. Durch Scoring wird in erheblicher Weise und mit relevanten rechtlichen und tatsächlichen Konsequenzen in die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen eingegriffen, so dass eine verhältnismäßige Begrenzung dieses Eingriffs im Interesse dieses Grundrechts liegt.

Im Folgenden untersucht diese Stellungnahme den Entwurf in ihrem ersten Teil am Maßstab des deutschen Rechts (I.). Da 2018 mit dem Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung zu rechnen sein wird, untersucht sie im zweiten Teil, wie sich dieser Entwurf zu den Vorschlägen des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union verhalten würde (II.).

I. Der Entwurf im Rahmen des Bundesdatenschutzgesetzes und des Grundgesetzes

Der Titel des Gesetzes müsste „Drittes Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes“ lauten, weil das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes am 25. Februar 2015 verkündet worden ist.¹

Die Regelungen des Gesetzentwurfs können in drei Gruppen zusammengefasst werden: Anforderungen an das Scoring, Anforderungen an die Kontrolle von Scoringverfahren und Erweiterungen oder Präzisierungen der Rechte des Betroffenen.

¹ BGBl. I, 162.

1. Neue Voraussetzungen für Scoring

§ 28b BDSG soll drei Änderungen in den Voraussetzungen erfahren, unter denen Scoring zulässig ist: zum einen eine Beschränkung der für das Scoring verwendbaren Daten, zum anderen eine umfassende Unterrichtung des Betroffenen vor Durchführung des Scorings und drittens eine Sicherung der Wissenschaftlichkeit des Scoring-Verfahrens.

1.1 Für Scoring verwendbare Daten

Der Gesetzentwurf will § 28 Abs. 1 Nr. 4 BDSG dahin gehend ergänzen, dass „für die Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts zum Zwecke der Bonität keine Anschriftendaten, Daten aus sozialen Netzwerken, Daten aus Internetforen, Angaben zur Staatsangehörigkeit, zum Geschlecht, zu einer Behinderung oder Daten nach § 3 Absatz 9 genutzt werden“ dürfen. Diese Daten betreffen nicht direkt das Zahlungsverhalten des Betroffenen. Sie tragen zu einer wissenschaftlich begründeten Bonitätsprognose wenig bei und können leicht diskriminierende Wirkung entfalten. Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG dürften ohnehin nur verwendet werden, wenn der Betroffene in die Verwendung dieser Daten für diesen Zweck ausdrücklich eingewilligt hätte. Der mit dieser Regelung verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit der Unternehmen, die Scoring durchführen, ist daher gering, zu einem Ausgleich mit dem Grundrecht des Betroffenen aber geeignet, erforderlich und angemessen.

Diese Vorschrift sollte jedoch § 28b Nr. 3 BDSG und nicht Nr. 4 ersetzen, weil Nr. 3 bei Geltung der neuen Nr. 4 keinen Sinn mehr macht und überflüssig ist.

1.2 Unterrichtung des Betroffenen

In der neuen Nr. 5 des § 28b BDSG will der Entwurf die schriftliche Unterrichtung des Betroffenen vor Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts dadurch sicherstellen, dass er die Unterrichtung als Erlaubnisvoraussetzung festlegt. Die neue Regelung erweitert die bereits bestehende Voraussetzung in Nr. 4 auf alle Scoringverfahren, während nach der bisherigen Regelung die Unterrichtung nur notwendig ist, wenn Anschriftendaten genutzt werden. Da die Unterrichtung für den Betroffenen notwendig ist, um bei diesem starken Eingriff in sein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung die Rechtmäßigkeit des Scoringverfahrens prüfen und Betroffenenrechte geltend machen zu können, ist die vorgesehene Erweiterung der Unterrichtungspflicht zu rechtfertigen.

In der Funktion, die Unterrichtung sicherzustellen, entspricht die Vorschrift der bisherigen Nr. 4. Diese Regelung des Entwurfs sollte daher auch die bisherige Nr. 4 ersetzen, statt als Nr. 5 an § 28b BDSG angehängt zu werden.

1.3 Anforderungen an das Scoringverfahren

Nach § 28b Nr. 1 BDSG muss dem Scoring ein wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren zugrunde liegen. Der Entwurf fordert in § 28b Abs. 2 BDSG zusätzlich, dass dieses Verfahren, dem jeweiligen „Stand der Wissenschaft und Forschung entsprechen muss“. Dies ist nahezu eine Selbstverständlichkeit, wenn dieses „wissenschaftlich anerkannt“ sein muss. Wissenschaftlich anerkannt kann es nur

werden, wenn es dem Stand der Wissenschaft entspricht. Insofern wird die Rechtslage nicht verändert, sondern es werden nur Zweifelsfragen geklärt.

Diesem Zweck soll auch die Regelung dienen, dass „das Nähere zu den Anforderungen an das wissenschaftlich anerkannte mathematisch–statistische Verfahren ...(durch) die Bundesregierung durch Rechtsverordnung“ bestimmt werden soll. Dies wird jedoch dazu führen, dass nach den Erfahrungen im Umweltrecht der ständig fortschreitende Stand der Wissenschaft und Forschung auf Jahre festgeschrieben wird. Für die Handlungssicherheit der Datenverarbeiter und den gleichmäßigen Vollzug der Vorschrift würde es genügen, wenn die Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder Leitlinien erstellen würden. Diese wären zwar nicht verbindlich, böten aber eine ausreichende Orientierung und erlaubten im begründeten Ausnahmefall, auch neuere Erkenntnisse zu berücksichtigen.

2. Kontrolle von Scoringverfahren

Die Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Scoringverfahren soll durch eine Vorabkontrolle dieser Verfahren, durch ihre Meldung an die Aufsichtsbehörde und durch eine regelmäßige Aufsichtskontrolle sichergestellt werden.

2.1 Vorabkontrolle

Nach der Neuregelung in § 4d soll im Fall des § 28b BDSG eine Vorabkontrolle stets durchgeführt werden. Nach § 4d Abs. 4 Nr. 2 BDSG ist eine Vorabkontrolle bei Scoringverfahren schon bisher durchzuführen, es sei denn, sie ist für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Schuldverhältnisses erforderlich.² Da die Voraussetzungen nur abstrakt beschrieben sind, könnten daran in einem Ausnahmefall Zweifel bestehen. Die Neuregelung soll durch die obligatorische Pflicht zur Vorabkontrolle diese Zweifel ausschließen. Außerdem beseitigt sie für Scoringverfahren die Ausnahmeregelung und behandelt gleiche Risiken für die informationelle Selbstbestimmung gleich. Diese Klarstellung dient der Rechtssicherheit und die Gleichbehandlung der Gerechtigkeit.

2.2 Meldepflicht

Um auch der Aufsichtsbehörde eine einfache Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verfahren zu ermöglichen, sieht der geltende § 4d Abs. 1 und 4 BDSG eine Meldepflicht für Scoringverfahren vor, die für Dritte durchgeführt werden. Für Scoringverfahren für eigene Zwecke entfällt die Meldepflicht, wenn ein Datenschutzbeauftragter bestellt ist oder wenn das Scoring für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Schuldverhältnisses erforderlich ist.

Sofern eine Meldung erforderlich ist, soll sie nach dem Gesetzentwurf gemäß dem neuen § 4e Abs. 1 Nr. 10 BDSG auch „eine Beschreibung des wissenschaftlich anerkannten mathematisch–statistischen Verfahrens sowie Angaben zu § 28b Nummer 4“ enthalten. Dies ist eine konsequente Regelung, um der Aufsichtsbehörde eine detaillierte Prüfung der neuen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen in dem neuen § 28b BDSG zu ermöglichen.

² S. *Petri*, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 4d Rn. 35.

2.3 Regelmäßige Kontrollen der Aufsichtsbehörde

Nach dem neuen § 38 Abs. 1 Satz 2 BDSG soll die Aufsichtsbehörde mindestens einmal jährlich insbesondere die Einhaltung der Vorgaben der §§ 28b und 34 Abs. 2 und 2a BDSG kontrollieren, wenn Daten nach § 28b BDSG zum Zwecke der Bonität erhoben oder gespeichert werden.

Diese Regelung belässt der Aufsichtsbehörde noch ihr Entschließungsermessen („soll“) und ihr Auswahlermessen (konkrete Durchführung der Prüfung), verpflichtet sie aber auf einen Sollwert hinsichtlich der Prüfungsintervalle. Dies beeinträchtigt – wie die gesamte Aufgabenregelung des § 38 BDSG – die Aufsichtsbehörden nicht in ihrer unionsrechtlich gebotenen Unabhängigkeit, wie sie gerade durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes vom 25. Februar 2015 eingeführt worden ist. Ob eine solche Heraushebung eines bestimmten Datenschutzrisikos zweckmäßig ist, ist jedoch zu bezweifeln. Die Bedeutung einzelner Datenschutzrisiken im Verhältnis zueinander wechselt so schnell, wie die Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologien und ihrer Anwendungen voranschreitet. Stehen heute Bonitätsauskünfte im Mittelpunkt des Interesses und der staatlichen Schutzaufgaben, sind es morgen Big Data-Analysen, übermorgen Smart Data-Anwendungen, danach das vernetzte Auto, danach Smart Home, Ubiquitous Computing und immer wieder andere Verarbeitungen personenbezogener Daten. Jetzt für viele Jahre für ein bestimmtes Risikofeld jährliche Kontrollen zu verlangen, wird dazu führen, dass – bei der zu Recht im Entwurf beklagten zu geringen Personalausstattung – für andere Risikofelder weniger Kontrollkapazität zur Verfügung steht.

3. Rechte des Betroffenen

Der Gesetzentwurf sieht eine Stärkung der Rechte des Betroffenen auf Unterrichtung, auf Benachrichtigung auf Auskunft und auf Löschung vor.

3.1 Unterrichtung

Nach dem Entwurf soll in § 28 Abs. 1 Nr. 5 BDSG die bestehende Unterrichtungspflicht erweitert werden. Die Betroffenen sollen nicht mehr nur über den Einsatz von Scoringverfahren vorab unterrichtet werden, wenn ihre Anschriftendaten genutzt werden, sondern bereits vor der ersten Anwendung von Scoring-Verfahren. Dies ermöglicht die Transparenz, die für Betroffene notwendig ist, wenn sie in der Lage sein sollen, die Rechtmäßigkeit der sie betreffenden Datenverarbeitung zu prüfen und ihre Rechte geltend zu machen.

3.2 Benachrichtigung

Die vorgeschlagene Neufassung hebt für die Benachrichtigung die Differenzierung zwischen der Datenverarbeitung für eigene Zwecke und für Zwecke der Übermittlung auf. Dies führt zur Vereinfachung des Datenschutzrechts. Soll die Benachrichtigung ihrer Zweck erfüllen, dem Betroffenen zu ermöglichen, die Rechtmäßigkeit der ihn betreffenden Datenverarbeitung zu prüfen und seine Rechte geltend zu machen, ist es sachgerecht, sie für alle Fälle an die erste Speicherung von personenbezogenen Daten des Betroffenen anzuknüpfen.

Nach dem neuen § 34 Abs. 2a BDSG sollen Auskunftseien, die einen Wahrscheinlichkeitswert oder einen Bestandteil des Wahrscheinlichkeitswerts für Zwecke des § 28b BDSG berechnen, dem Betroffenen einmal

jährlich unverlangt in Schriftform kostenlos Auskunft über die in Abs. 2 Satz 1 genannten Daten erteilen oder ihnen jederzeitigen Zugriff auf seine Daten über eine Internetplattform ermöglichen. Diese Regelung soll der notwendigen Transparenz der Betroffenen dienen. Diese haben zwar nach § 34 Abs. 2 und 4 BDSAG das Recht, Auskunft zu verlangen und können nach § 34 Abs. 8 Satz 2 einmal pro Jahr eine kostenlose Selbstauskunft bei Unternehmen und Auskunfteien anfordern. Da jedoch dieses Recht meist unbekannt ist und der Betroffene oft überfordert ist, die Auskunfteien und Unternehmen herauszufinden, die Scorewerte erstellen und für ihre Entscheidungen verwenden, würde diese Verpflichtung die tatsächliche Selbstbestimmung über die eigenen Daten erheblich befördern.

3.3 Auskunft

Nach dem Gesetzentwurf soll in § 34 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG die Auskunft der für die Entscheidung verantwortlichen Stelle, als des Auftraggebers des Scorings, über „die zur Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte genutzten Datenarten“ um eine Auskunft über „die verwendeten Einzeldaten, die Gewichtung der verwendeten Daten, die verwendeten Vergleichsgruppen und die Zuordnung der betroffenen Personen zu den Vergleichsgruppen, die in die Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts einfließen“, ergänzt werden. Nach dem neuen Satz 2 kann „der Zugang zu diesen Informationen ... nicht unter Berufung auf das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis abgelehnt werden“. In § 34 Abs. 4 BDSG sollen die gleichen Ergänzungen für die Auskunft durch die Stelle, die geschäftsmäßig personenbezogene Daten zum Zweck der Übermittlung erhebt, speichert oder verändert, vorgenommen werden.

Wenn die Auskunft den Betroffenen in die Lage versetzen soll, weitere Rechte geltend zu machen, insbesondere die Berichtigung falscher Daten vorzunehmen,³ so muss der Betroffene Auskunft über diese Daten und ihre Bedeutung für die Scorewertbildung erhalten. Daher ist, um diesen Zweck zu erreichen, die Mitteilung über die verwendeten Einzeldaten, die Gewichtung der verwendeten Daten, die verwendeten Vergleichsgruppen und die Zuordnung der betroffenen Personen zu den Vergleichsgruppen erforderlich. Auch kann nur unter diesen Voraussetzungen die Wissenschaftlichkeit der Scorewertbildung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung nachgeprüft werden.⁴

Aufgrund der bestehenden Fassung des § 34 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BDSG hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass die Gewichtung der eingesetzten Datenkategorien als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis bei einer Auskunft nicht preisgegeben werden müssen.⁵ Durch die Einfügung eines neuen Satzes 2 soll klargestellt werden, dass die Gewichtung der verwendeten Daten, die verwendeten Vergleichsgruppen und die Zuordnung der betroffenen Personen zu den Vergleichsgruppen gegenüber dem Betroffenen kein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis darstellen. Nach gefestigter Rechtsprechung setzt ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis voraus, dass es sich um eine im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende nicht offenkundige Tatsache, an deren Geheimhaltung der Unternehmensinhaber ein berechtigtes (wirtschaftliches) Interesse hat und die nach seinem bekundeten oder erkennbaren Willen geheim bleiben soll.⁶ Ein berechtigtes wirtschaftliches Geheimhaltungsinteresse ist anzunehmen, wenn durch die Offenbarung ein Schaden für das Unternehmen des Geheimnisinhabers entstehen, die Wettbewerbsposition des Unternehmens ver-

³ BT-Drs. 16/10529, 9.

⁴ Zur diesem Zweck des Auskunftsrechts s. *EuGH* vom 7.5.2009, C 533/07.

⁵ *BGH* vom 28.1.2014, ZD 2014, 306 ff.

⁶ *BVerfG*, MMR 2006, 376.

schlechtern oder die des Konkurrenten verbessert werden kann.⁷ Dies kann für die Gewichtung der verwendeten Daten und die verwendeten Vergleichsgruppen angenommen werden, wenn sich diese in den Scoringverfahren konkurrierender Scorewertersteller unterscheiden und die Qualität des Scorewerts beeinflussen. Inwieweit die Geheimhaltung dieser Informationen in dem jeweiligen Verwendungszusammenhang berechtigt ist, hängt von dem widerstreitenden Interesse ab und kann vom Gesetzgeber bewertet und entschieden werden. So hat er zum Beispiel in § 9 Abs. 1 Satz 2 Umweltinformationsgesetz festgestellt, dass Emissionswerte niemals Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sein können, weil sie den Schutz der Grundrechte Dritter betreffen. Aus dem gleichen Grund kann der Gesetzgeber grundsätzlich auch zum Schutz der Grundrechte Dritter im Datenschutzrecht feststellen, dass im Rahmen der datenschutzrechtlichen Auskunft bestimmte Angaben nicht aus Gründen des Geheimnisschutzes verweigert werden können, weil sie erforderlich sind, um das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu wahren. Diese Regelung greift zwar in das Grundrecht auf freie Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG ein, ist aber gerechtfertigt, weil sie dem Schutz der Grundrechte Dritter dient, hierfür geeignet und erforderlich ist und angesichts der Schwere des Eingriffs, der durch die Scorewertbildung in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung erfolgt, angemessen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Unternehmen nicht verpflichtet ist, die Rechenformel für die Scorewertbildung preiszugeben.

3.4 Löschung

In der Neufassung von § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 BDSG soll die Verfahrenserleichterung für die speichernden Stellen, nur einmal am Jahresende ihre Datenbestände prüfen zu müssen, gestrichen und durch taggenaue Berechnungen der Löschfristen ersetzt werden. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die fortgeschrittenen Datenverarbeitungstechniken eine solche Verfahrenserleichterung heute nicht mehr erforderlich machen und eine taggenaue Löschung technisch möglich ist, würde die Umstellung auf taggenaue Löschung doch eine angemessenen Übergangsfrist erforderlich machen. Dies erkennt der Entwurf in der Begründung an, ohne allerdings eine solche Übergangsfrist im Gesetzestext vorzusehen.

Nach § 35 Abs. 2 Satz 2 BDSG sollen zwei weitere Sätze angefügt werden, durch die eine Datenspeicherung „insbesondere dann nicht mehr erforderlich (sein soll), wenn eine Restschuldbefreiung gemäß § 300 InsO erteilt, öffentlich bekannt gemacht und nach der Insolvenzbekanntmachungsverordnung gelöscht wurde“. Das Gleiche soll für Daten über erledigte Sachverhalte gelten, wenn sieben Jahre seit der erstmaligen Speicherung verstrichen sind. Diese Regelungen sind sinnvoll, da es in beiden Fällen kein Interesse des Speichernden mehr gibt, das das berechtigte Interesse des Betroffenen auf Löschung der Daten und die Ermöglichung eines wirtschaftlichen Neuanfangs überwiegt.

⁷ Mayer, GRUR 2011, 887 m.w.N.

II. Anwendbarkeit der neuen Regelungen nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung

Allgemein wird erwartet, dass Ende des Jahres ein Kompromiss zwischen den Stellungnahmen des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union zum Entwurf einer Datenschutzgrundverordnung vorliegen wird, dass in der ersten Hälfte des Jahres 2016 Parlament und Rat diesem Kompromiss zustimmen werden und die Datenschutzgrundverordnung in ihren die Bürger der Europäische Union betreffenden Teilen zum Beginn des Jahres 2018 in Kraft tritt. Daher stellt sich die Frage, welche Teile des neu zu beschließenden Gesetzes nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung noch anwendbar sein werden.

1. Anwendungsvorrang europäischen Rechts

Eine Unionsverordnung besitzt nach Art. 288 Abs. 2 Satz 1 AEUV allgemeine Geltung. Sie ist nach Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV in all ihren Teilen für Unionsbürger und staatliche Stellen verbindlich. Sie gilt ohne nationalen Umsetzungsakt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.⁸

Das Recht der Union und das Recht der Mitgliedstaaten sind jedoch jeweils eigene Rechtsordnungen mit jeweils eigenem Geltungsgrund. Die Europäische Union hat keine Kompetenz, deutsche Gesetze zu verändern oder außer Kraft zu setzen. Daher gelten auch nach dem Erlass einer Unionsverordnung deutsche Regelungen unverändert weiter. Dieses Nebeneinander kann dazu führen, dass sich Regelungen widersprechen und sich die Frage stellt, welche Regelung anwendbar ist.

In einem solchen Konflikt genießt die Unionsverordnung Anwendungsvorrang.⁹ Sie ist von den nationalen Behörden und Gerichten anzuwenden. Die kollidierende – weiterhin geltende – deutsche Vorschrift darf nicht angewendet werden.¹⁰ Dies gilt bei direkten Kollisionen, wenn beide Normen den gleichen Sachverhalt unterschiedlich regeln. Dies gilt aber auch bei indirekten Kollisionen, wenn beide Regeln etwas anderes regeln und dennoch zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Dann darf die nationale Norm „die Ausübung der durch die [Unions]Rechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“.¹¹

Ein Konflikt kann aber nur zu einer Regelung in der Unionsverordnung bestehen, die unmittelbar anwendbar ist. Voraussetzung hierfür ist, dass sie „eine klare und unbedingte Verpflichtung begründe(t)“, die „keiner weiteren Maßnahme der [Unions]Organe oder der Mitgliedstaaten“ bedarf und deshalb von staatlichen Behörden und Gerichten angewendet werden kann.¹² Dies ist insbesondere für unvollständige Unionsverordnungen bedeutsam, die zu ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit erst durch Durchführungsmaßnahmen des Unions- oder des nationalen Gesetzgebers aufgrund ausdrücklicher oder impliziter Ermächtigung oder Verpflichtung vervollständigt werden müssen.¹³ Solange diese nicht erlassen sind, kann ein Anwendungsvorrang der ausfüllungsbedürftigen Regelung in der Unionsverordnung nicht bestehen.

⁸ *EuGH*, Rs. 43/71, *Politi*, Slg. 1971, 1049, Rn. 9; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 288 Rn. 54; *Ehlers*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 8.

⁹ *EuGH*, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251 (1269); *EuGH*, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125, Rn. 3; *EuGH*, Rs. 106/77, *Simmenthal*, Slg. 1978, 629, Rn. 17f.; *BVerfGE* 31, 145 (173 ff.); 73, 223 (244); *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 288, Rn. 40.

¹⁰ *EuGH*, Rs. 106/77, *Simmenthal*, Slg. 1978, 629, Rn. 17/18;

¹¹ *EuGH*, Rs. C 231/96, *Edis*, Slg. 1998, I-4951, Rn. 34;

¹² *EuGH*, Rs. 57/65, *Lütticke*, Slg. 1966, 239 (266).

¹³ *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 288 Rn. 61.

Kein Konflikt zum Unionsrecht besteht, wenn eine nationale Vorschrift die Vorgaben der Unionsverordnung ergänzt oder konkretisiert. Sie bleibt anwendbar, solange und soweit eine im Bereich geteilter Unionskompetenzen (Art. 4 AEUV) erlassene Unionsverordnung den Sachverhalt nicht abschließend regelt. In diesem Fall sind Vorschriften der Mitgliedstaaten auch dann weiterhin anwendbar, wenn die Unionsverordnung keine ausdrückliche Ermächtigung für ergänzende Maßnahmen enthält.¹⁴

Der Anwendungsvorrang begründet keinen Geltungsvorrang des europäischen Rechts.¹⁵ Alle mitgliedstaatlichen Regelungen gelten weiter. Für sie stellt sich nur die Frage, ob sie weiterhin anwendbar sind. Ihre Anwendbarkeit ist nur insoweit eingeschränkt, als sie den Regelungen der Unionsverordnung widersprechen.¹⁶ Doch selbst, wenn sie dem Unionsrecht widerspricht, ist zu unterscheiden: Sie ist nicht mehr auf Sachverhalte mit Unionsrechtsbezug anwendbar, kann aber auf rein innerstaatliche Sachverhalte weiterhin angewendet werden.¹⁷ Sie bleibt insoweit anwendbar, als sie zwar nicht auf Angehörige anderer Mitgliedstaaten, wohl aber auf Inländer angewendet werden darf.¹⁸

Diesen Anwendungsvorrang auf die vorgeschlagenen neuen Regelungen angewendet, würde zu folgenden Ergebnissen führen

2. Voraussetzungen für Scoring

Regelungen für Scoring sind in der Datenschutzgrundverordnung in Art. 20 mit enthalten. Diese Vorschrift bezieht sich auf Profiling, das in Art. 4 Nr. 3a DSGVO-E-Parl wie folgt definiert ist: „Profiling“ ist „jede Form automatisierter Verarbeitung personenbezogener Daten, die zu dem Zweck vorgenommen wird, bestimmte personenbezogene Aspekte, die einen Bezug zu einer natürlichen Person haben, zu bewerten oder insbesondere die Leistungen der betreffenden Person bei der Arbeit, ihre wirtschaftliche Situation, ihren Aufenthaltsort, ihre Gesundheit, ihre persönlichen Vorlieben, ihre Zuverlässigkeit oder ihr Verhalten zu analysieren oder vorauszusagen“. In Art. 4 Abs. 12a DSGVO-E-Rat findet sich eine vergleichbare Definition.

Nach Art. 20 Abs. 1 DSGVO-E-Rat hat „die betroffene Person ... das Recht, nicht einer allein auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie erheblich beeinträchtigt“. Dieses Verbot von Profiling gilt nach Abs. 1a (b) dann nicht, wenn die Entscheidung „aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt, zulässig ist und diese Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten“. Art. 20 Abs. 2 (b) DSGVO-E-Parl enthält nahezu die gleiche Vorschrift.

Da § 28b BDSG einen Erlaubnistatbestand für die Durchführung von Scoring darstellt und geeignete Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person

¹⁴ *EuGH*, Rs. C-251/91, Teulie, Slg. 1992, I-5599, Rn. 13f.; *Biervert*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 288 Rn. 21; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 Rn. 61 – s. dort das Beispiel der EMAS-VO und des deutsche Ausführungsgesetzes.

¹⁵ S. *BVerfGE* 73, 339 (375); 123, 267 (398); 126, 286 (301f.).

¹⁶ *Biervert*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 288 Rn. 6.

¹⁷ *Biervert*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 288 Rn. 6; *Ehlers*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 39.

¹⁸ *Ehlers*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 40.

enthält, die durch den Gesetzentwurf noch verbessert werden sollen, kann diese Vorschrift auch nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung weiterhin Anwendung finden.

Sowohl der Ratsentwurf als auch der Parlamentsentwurf untersagen in Art. 20 Abs. 3 grundsätzlich die Verwendung besonders schützenswerter Daten nach Art. 9 Abs. 1.

3. Kontrolle von Scoringverfahren

Die drei im Entwurf vorgesehenen Änderungen in der Kontrolle von Scoringverfahren werden von der Datenschutzgrundverordnung in unterschiedlicher Weise erfasst.

3.1 Vorabkontrolle

Eine Vorabkontrolle ist in der Datenschutzgrundverordnung nicht vorgesehen, dafür aber in Art. 33 eine Datenschutzfolgenabschätzung, die die gleiche Funktion erfüllen soll. Nach Art. 33 Abs. 2 (a) DSGVO-E-Rat ist eine Datenschutzfolgenabschätzung dann erforderlich, wenn eine „systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen, die sich auf Profiling gründet und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient, die Rechtswirkung gegenüber betroffenen Personen entfalten oder erhebliche Auswirkungen für diese mit sich bringen“. Zum gleichen Ergebnis gelangt man über Art. 32a Abs. 3 (c) in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 (c) DSGVO-E-Parl. Für die Durchführung der Datenschutzfolgenabschätzung gelten die Regelungen in Art. 33 Abs. 2 bis 4 in beiden Entwürfen.

Eine Datenschutzfolgenabschätzung für Scoring wird nach Inkrafttreten in jedem Fall erforderlich sein. Dies entspricht auch der Forderung des Gesetzentwurfs. Diese Rechtsfolge würde durch den Gesetzentwurf nur früher in Deutschland eingeführt, danach aber aufgrund der Datenschutzgrundverordnung fortgelten.

Die Vorschriften des § 4d Abs. 5 und 6 BDSG werden aber von Art. 33 DSGVO in der Anwendung verdrängt, weil die Datenschutzgrundverordnung die Voraussetzungen und das Verfahren der Datenschutzfolgenabschätzung eigeständig regelt und sich in Details von § 4d Abs. 5 und 6 BDSG unterscheidet.

3.2 Meldungen

Meldungen sieht die Datenschutzgrundverordnung nicht vor. Diese können aber nicht ergänzend zur Datenschutzgrundverordnung vom deutschen Recht gefordert werden, weil hier die Datenschutzgrundverordnung in Abkehr von Art. 18 und 19 DSRL auf Meldungen grundsätzlich verzichten will.¹⁹ Demnach sind mit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung §§ 4d Abs. 1 bis 4 und 4e BDSG nicht mehr anwendbar.

3.3 Kontrollen durch Aufsichtsbehörden

Nach Art. 52 Abs. 1 (a) und (d) DSGVO-E-Rat hat die Aufsichtsbehörde die Aufgaben, die Anwendung dieser Verordnung zu überwachen und durchzusetzen sowie „Untersuchungen über die Anwendung dieser Verordnung“ durchführen. Die Stellungnahme des Parlaments schlägt vergleichbare Aufgaben vor.

¹⁹ S. *Petri*, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 4d Rn. 43.

Eine Regelung, wie in dem vorgeschlagenen neuen § 38 Abs. 1 Satz 2 BDSG, nach dem die Aufsichtsbehörde Scoringverfahren zum Zwecke der Bonitätsprüfung mindestens einmal jährlich kontrollieren soll, würde diesen in der Verordnung festgelegten Aufgaben nicht widersprechen, sondern nur die in ihnen enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe konkretisieren. Sie könnte also weiterhin Anwendung finden, wenn die Datenschutzgrundverordnung in Kraft getreten ist.

4. Rechte des Betroffenen

Auch die im Entwurf vorgesehenen Verbesserungen der Rechte des Betroffenen werden nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung in unterschiedlicher Weise weiter Anwendung finden können.

4.1 Unterrichtung

Da die Unterrichtung nach § 28b BDSG eine geeignete Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person darstellt, die Teil eines Erlaubnistatbestands für die Durchführung von Scoring ist, kann diese Vorschrift auch nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung gemäß Art. 20 Abs. 1 DSGVO-E-Rat und Art. 20 Abs. 2 (b) DSGVO-E-Parl weiterhin Anwendung finden.

Nach Art. 14 Abs. 1a (h) DSGVO-E-Rat muss der für die Verarbeitung Verantwortliche der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten die Informationen zur Verfügung stellen, die „unter Berücksichtigung der besonderen Umstände und Rahmenbedingungen, unter denen die personenbezogenen Daten verarbeitet werden, notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten“. Hierzu gehören insbesondere Angaben über „das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling“ gemäß Art. 20 Abs. 1 und 3 DSGVO-E-Rat und „Angaben zu der verwendeten Logik sowie zur Tragweite und zu den angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person“. Vergleichbare Regelungen enthält Art. 14 Abs. 1 (ga) und (gb) DSGVO-E-Parl.

Somit ist die vorgesehene Regelung in § 28b BDSG auch mit den Vorgaben zur Unterrichtung in der Datenschutzgrundverordnung vereinbar.

4.2 Benachrichtigung

Eine Unterscheidung zwischen der Informationspflicht bei der Erhebung der Daten bei der betroffenen Person und einer Informationspflicht, wenn die Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden, kennt nur der Entwurf des Rats in Art. 14 und 14a. Art. 14a Abs. 2 (h) DSGVO-E-Rat sieht jedoch den gleichen Informationsinhalt in Bezug auf Profiling vor wie Art. 14 Abs. 1a (h) DSGVO-E-Rat. Lediglich der Zeitpunkt der Information ist ein anderer. Nach Art. 14a Abs. 3 DSGVO-E-Rat erteilt der für die Verarbeitung Verantwortliche die Information (a) „unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände der Verarbeitung der Daten innerhalb einer angemessenen Frist nach Erhebung der Daten, längstens jedoch innerhalb eines Monats, oder (b) falls die Weitergabe an einen anderen Empfänger beabsichtigt ist, spätestens zum Zeitpunkt der ersten Weitergabe“.

Nach dem Entwurf des Parlaments teilt der für die Verarbeitung Verantwortliche der betroffenen Person die gleichen Informationen mit, egal ob sie bei ihr erhoben werden oder nicht. Erhebt er sie nicht bei ihr, muss

er die Informationen nach Art. 14 Abs. 4 (a) DSGVO-E-Rat „unverzüglich“ erteilen, wenn er sie nicht zum Zeitpunkt der Erhebung erteilen kann.

Da die Benachrichtigung in beiden Entwürfen sehr ausführlich und differenziert geregelt wird, bleibt nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung für die Anwendung der Regelungen des § 33 BDSG kein Raum mehr. Ob die Datenschutzgrundverordnung zum gleichen Ergebnis kommt wie der Gesetzentwurf, kann derzeit jedoch noch nicht festgestellt werden, weil die beiden Entwürfe sich in dieser Frage unterscheiden.

Eine jährliche Benachrichtigung des Betroffenen über die in § 34 Abs. 2 BDSG neu vorgesehenen Angaben oder der jederzeitigen Zugriff auf diese Daten über eine Internetplattform, wie dies nach dem Gesetzentwurf im neuen § 34 Abs. 2a BDSG vorgesehen ist, kennen die Entwürfe der Datenschutzgrundverordnung nicht. Da sie in Kapitel III in den Art. 11 bis 21 die Rechte der betroffenen Personen grundsätzlich abschließend regeln wollen, sind verschärfende Regelungen der Mitgliedstaaten – ohne entsprechende Ausnahmeregelung – nicht möglich. Die neue Regelung in § 34 Abs. 2a BDSG könnte daher nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung keine Anwendung mehr finden.

4.3 Auskunft

Nach Art. 15 Abs. 1 (h) DSGVO-E-Rat hat die betroffene Person „im Fall von Entscheidungen, die auf einer automatisierten Verarbeitung einschließlich Profiling“ gemäß Art. 20 Abs. 1 und 3 beruhen, ein Recht auf Auskunft über „Angaben zu der verwendeten Logik sowie zur Tragweite und zu den angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung“. Die Stellungnahme des Parlaments enthält in Art. 15 Abs. 1 (h) eine vergleichbare Regelung.

Nach der neuen Regelung des § 34 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 BDSG soll die betroffene Person neben der Auskunft über „die zur Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte genutzten Datenarten“ auch eine Auskunft über „die verwendeten Einzeldaten, die Gewichtung der verwendeten Daten, die verwendeten Vergleichsgruppen und die Zuordnung der betroffenen Personen zu den Vergleichsgruppen, die in die Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts einfließen“, verlangen können. Ob dies nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung weiterhin möglich wäre, ist davon abhängig, wie die Begriffe der „verwendeten Logik“ sowie der „Tragweite“ und der „angestrebten Auswirkungen“ des Scoringverfahrens zu verstehen sind. Auskunft über die gespeicherten Einzeldaten kann die betroffene Person schon nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO-E-Rat verlangen.²⁰ Die Logik des Scoringverfahrens umfasst die Gewichtung der verwendeten Daten, die verwendeten Vergleichsgruppen und die Zuordnung der betroffenen Personen zu den Vergleichsgruppen, weil diese die Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts begründen. Ohne deren Kenntnis kann die logische Herleitung des Werts nicht nachvollzogen werden. Nur bei deren Kenntnis kann die tatsächliche Tragweite des einzelnen Datums erkannt werden. Es spricht daher viel dafür, die neu vorgeschlagene Regelung als Konkretisierung der abstrakten Begriffe des Art. 15 Abs. 1 (h) DSGVO-E-Rat zu sehen. Dann würde die neue Regelung des § 34 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 BDSG der Vorschrift des Art. 15 Abs. 1 (h) DSGVO-E-Rat nicht widersprechen, sondern wäre als Ausfüllung der dort verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe zu sehen und käme in dieser Funktion weiterhin zur Anwendung.

²⁰ S. hierzu auch *BGH* vom 28.1.2014, ZD 2014, 306, Rn. 12.

Angaben zur verwendeten Logik sowie zur Tragweite und zu den angestrebten Auswirkungen können nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse angesehen und daher der Auskunft verlangenden betroffenen Person verweigert werden. Wenn der neue § 34 Abs. 2 BDSG dies klarstellend festhält, steht dies nicht im Widerspruch zur Datenschutzgrundverordnung und kann ebenfalls weiterhin Anwendung finden.

4.4. Löschung

Nach Art. 17 Abs. 1 (a) DSGVO-E-Rat ist der für die Verarbeitung Verantwortliche verpflichtet, personenbezogene Daten „ohne ungebührliche Verzögerung“ zu löschen, wenn „die Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig“ sind. Die betroffene Person hat das Recht diese Löschung zu verlangen.

Eine Verfahrenserleichterung für die für die Verarbeitung Verantwortlichen, nur einmal am Jahresende ihre Datenbestände prüfen und nicht mehr erforderliche Daten löschen zu müssen, kennt die Datenschutzgrundverordnung nicht. Vielmehr sind die Daten „ohne ungebührliche Verzögerung“ zu löschen. Die vorgeschlagene Regelung des § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 BDSG ist dann überflüssig. Sie würde aber bis zum Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung die dann geltende Rechtslage bereits früher einführen. Durch die zu berücksichtigende Übergangsfrist würde aber praktisch die gleiche Wirkung erzielt, wenn diese Regelung jetzt nicht erlassen würde.

Die in dem neuen § 35 Abs. 2 Satz 3 und 4 BDSG vorgeschlagenen Regelungen sollen die Erforderlichkeit von Daten oder ihre nicht mehr bestehende Erforderlichkeit präzisieren. Sie sind daher kein Widerspruch zu der Regelung des Art. 17 Abs. 1 (a) DSGVO-E-Rat, da sie nur den unbestimmten Rechtsbegriff „nicht mehr notwendig“ präzisieren. Sie können ergänzend zu Art. 17 Abs. 1 (a) DSGVO-E-Rat weiterhin Anwendung finden.



(Prof. Dr. Alexander Roßnagel)