

Stellungnahme

zu Artikel 1 „Bundesdatenschutzgesetz“ im vom Bundesministerium des Innern am 23. November 2016 vorgelegten Entwurf eines „Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU)“

Kontakt:

Wulf Hartmann

Direktor

Telefon: +49 30 1663-3140

E-Mail: wulf.hartmann@bdb.de

Berlin, 7. Dezember 2016

Federführer:

Bundesverband deutscher Banken e. V.

Burgstraße 28 | 10178 Berlin

Telefon: +49 30 1663-0

Telefax: +49 30 1663-1399

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Inhalt

I. Allgemein	3
1. Zeitnahe Begleitgesetzgebung ist erforderlich	3
2. Die Fortführung von BDSG-Vorschriften im Rahmen des EU-rechtlich Möglichen ist wichtig, um den Umsetzungsaufwand bei datenverarbeitenden Stellen in Grenzen zu halten und Kontinuität zu erreichen	3
3. Die Rolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten im nicht-öffentlichen Bereich ist zu erhalten	3
4. Zuständigkeit von Datenschutzbehörden auch bei innerstaatlichen Sachverhalten mit bundesweiter Bedeutung klären	4
II. Zu den für Kreditinstitute relevanten Vorschriften in Artikel 1 DSAnpUG-EU (BDSG-E)	4
1. Überblick	4
2. § 1 Anwendungsbereich – Klarstellungen sind erforderlich	5
3. § 4 Videoüberwachung: Bisher legitime Videoaufzeichnungen von Kreditinstituten dürfen nicht in Frage gestellt werden	6
4. § 23 Verarbeitung zu anderen Zwecken: Fortführung von Vorschriften zur Zweckänderung ist sinnvoll	6
5. § 24 Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext: „Kleine Lösung“ des BDSG reicht zunächst	6
6. § 27 Datenübermittlung an Auskunfteien: Bisherige Norm muss aktualisiert werden und kann nur konkretisierenden Charakter haben	7
7. § 28 Scoring: Anerkennung der wirtschaftlichen Bedeutung des Scorings	9
8. § 30 Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person: Angemessenen Interessenausgleich herstellen	10
9. § 31 Informationspflicht, wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden: Weitere Ausnahmen aus dem heutigen § 33 Absatz 2 BDSG berücksichtigen	11
10. § 32 Auskunftsrecht der betroffenen Person: Angemessenen Interessenausgleich herstellen	11
11. § 33 Recht auf Löschung: Weiterführung der heutigen Sperrmöglichkeit	12
12. § 35 Automatisierte Einzelentscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling: Rahmen der DSGVO beachten	12
13. § 36 Datenschutzbeauftragte nicht-öffentlicher Stellen: Rolle erhalten	13
14. § 38 Aufsichtsbehörden der Länder für nicht-öffentliche Stellen: Zuständigkeitsfragen klären	14
15. §§ 39 und 40 Bußgeld- und Strafverfahren: Differenzierung zwischen der verantwortlichen Stelle und deren Mitarbeitern	14
16. § 40 Weitere Vorschriften für die Verhängung von Geldbußen: Signalwirkung problematisch	14
17. Klarstellung in Bezug auf die Reichweite der Datenportabilität nach Artikel 20 DSGVO bei der Kontowechselhilfe nach §§ 20 ff. ZKG	14

7. Dezember 2016

I. Allgemein

1. Zeitnahe Begleitgesetzgebung ist erforderlich

Die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) tritt am 25. Mai 2018 u.a. in Deutschland unmittelbar in Kraft. Damit wird das bislang geltende Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zu weiten Teilen hinfällig. Gleichwohl räumt die DSGVO dem nationalen Gesetzgeber in bestimmten Fällen noch Gestaltungsspielräume ein. Es ist daher zu begrüßen, dass noch in dieser Legislaturperiode ein Begleitgesetz zur DSGVO geschaffen werden soll, um von diesen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Für die Umsetzung des neuen Datenschutzrechts ab Mai 2018 durch die Unternehmen ist es von sehr hoher Bedeutung, dass das Gesetzesvorhaben bis zum Sommer 2017 abgeschlossen wird. Nur so kann den datenverarbeitenden Stellen Rechtsklarheit und -sicherheit sowie ein notwendiger Implementierungszeitraum gegeben werden.

2. Die Fortführung von BDSG-Vorschriften im Rahmen des EU-rechtlich Möglichen ist wichtig, um den Umsetzungsaufwand bei datenverarbeitenden Stellen in Grenzen zu halten und Kontinuität zu erreichen

Bei dem Regelungskomplex in Artikel 1 §§ 22 ff. DSAnpUG-EU ist das Anliegen des Bundesministeriums des Innern deutlich zu erkennen, im Rahmen des EU-rechtlich Möglichen bewährte Vorschriften aus dem heutigen BDSG weiterzuführen. Dieser Ansatz ist überaus zu begrüßen, um den aus der DSGVO resultierenden erheblichen Umsetzungsaufwand bei den Adressaten auf ein vernünftiges Maß zu begrenzen und Kontinuität zu erreichen. Denn beispielsweise eine möglichst weitgehende Fortführung der Ausnahmetatbestände bei den Informations- und Auskunftspflichten nach den heutigen § 33 Absatz 2 und § 34 Absatz 7 BDSG gewährleistet, dass der Umstellungsaufwand für die datenverarbeitenden Stellen nicht noch höher ausfällt als wirklich notwendig.

Unseres Erachtens sind die mit der bisherigen EU-Datenschutzrichtlinie kompatiblen Ausnahmegründe in der Gesamtbetrachtung aller zu berücksichtigenden Grundrechte der involvierten Parteien nach wie vor ein angemessener Ausgleich zwischen dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen einerseits und Schutzgütern von verfassungsrechtlichem Rang der datenverarbeitenden Stellen (z.B. Wahrung von Geschäftsgeheimnissen) andererseits. Der Grundsatz des Übermaßverbots hat auch im Lichte der DSGVO weiterhin seine Berechtigung.

3. Die Rolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten im nicht-öffentlichen Bereich ist zu erhalten

Die in § 36 BDSG-E vorgesehene Fortführung der Institution des betrieblichen Datenschutzbeauftragten im nicht-öffentlichen Bereich wird begrüßt. Jedoch sollten die diesbezüglichen Vorschriften in §§ 4f und 4g BDSG zu den Eigenschaften und den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten so weit wie im Lichte der DSGVO möglich erhalten bleiben, damit die Ausübung dieses Amtes in gleicher Qualität fortgesetzt werden kann und Kontinuität erreicht wird. So ist beispielsweise die im heutigen § 4f Absatz 3 Satz 1 BDSG geregelte unmittelbare Unterstellung

7. Dezember 2016

des Datenschutzbeauftragten unter die Geschäftsleitung des Unternehmens wichtig, damit dieser seiner Aufgabe in gleicher Weise und Qualität gerecht werden kann.

4. Zuständigkeit von Datenschutzbehörden auch bei innerstaatlichen Sachverhalten mit bundesweiter Bedeutung klären

Mit Artikel 1 § 38 DSAnpUG-EU soll die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden der Länder für nicht-öffentliche Stellen fortgesetzt werden. Da die DSGVO bei grenzüberschreitenden Sachverhalten besondere Regeln zur Zuständigkeit von Aufsichtsbehörden in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten und zur Abstimmung deren Aufsichtshandeln enthält, müssen diese Leitlinien zur Kooperation erst recht bei einer föderalen Aufsichtsstruktur innerhalb eines EU-Mitgliedstaats gelten. Ansonsten könnte das Harmonisierungsziel der DSGVO innerstaatlich verfehlt werden. Sollte dieses Thema in der nur noch kurzen Legislaturperiode nicht mehr geklärt werden können, sollte es gleich zu Beginn der neuen Legislaturperiode aufgegriffen werden.

II. Zu den für Kreditinstitute relevanten Vorschriften in Artikel 1 DSAnpUG-EU (BDSG-E)

1. Überblick

Wie oben bereits unter Abschnitt I.2 ausgeführt, begrüßen wir sehr den Ansatz, heutige BDSG-Vorschriften im Rahmen des EU-rechtlich Möglichen fortzuführen, um den Umsetzungsaufwand bei datenverarbeitenden Stellen in Grenzen zu halten und Kontinuität zu wahren. Deshalb unterstützen wir insbesondere die vorgesehenen Vorschriften in §§ 22, 23, 24, 29, 30, 31, 32, 33 und 34 BDSG-E.

Dagegen sehen wir insbesondere bei folgenden Regelungen Verbesserungsbedarf, der im Nachfolgenden im Einzelnen begründet wird:

- § 4 - Videoüberwachung
- § 27 - Auskunftfeien
- § 28 - Scoring
- § 35 - Automatisierte Einzelentscheidung und
- § 36 - betrieblicher Datenschutzbeauftragter .

7. Dezember 2016

2. § 1 Anwendungsbereich – Klarstellungen sind erforderlich

a. § 1 Absatz 1: Behandlung öffentlich-rechtlicher Unternehmen im Wettbewerb

Der § 1 BDSG-E übernimmt den Anwendungsbereich des bisherigen § 1 BDSG. Danach gelten beide Gesetze – vereinfacht – für öffentliche Stellen des Bundes, der Länder, soweit der Datenschutz nicht durch Landesrecht geregelt ist, sowie für nicht-öffentliche Stellen. In der Kreditwirtschaft besteht die Besonderheit, dass die Institute rein privatrechtliche Unternehmen (z.B. in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Genossenschaft) oder Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts (z.B. Sparkassen und Landesbanken) sind.

An verschiedenen Stellen wird im Referentenentwurf zwischen öffentlichen Stellen und nicht-öffentlichen Stellen differenziert. Eine solche Differenzierung darf in der Kreditwirtschaft nicht dazu führen, dass für öffentliche Stellen im Wettbewerb und nicht-öffentliche Stellen unterschiedliche Rahmenbedingungen gelten (vgl. derzeit § 27 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, wonach für öffentliche Unternehmen, soweit sie im Wettbewerb tätig sind, die Vorschriften für nicht-öffentliche Stellen anzuwenden sind). Im vorliegenden Entwurf enthält beispielsweise der § 23 BDSG-E (Verarbeitung zu anderen Zwecken) sich deutlich unterscheidende Rechtsgrundlagen zur Datenverarbeitung für öffentliche und nicht-öffentliche Stellen, die zu einer Benachteiligung öffentlicher Stellen im Rahmen ihrer wettbewerblichen Tätigkeit führen könnte (da für öffentliche Stellen im Wettbewerb z. B. keine Verarbeitung zur Wahrnehmung berechtigter Interessen des Verantwortlichen möglich sein soll).

Das Verständnis der rechtsformunabhängigen datenschutzrechtlichen Gleichbehandlung von Unternehmen im Wettbewerb findet sich ebenfalls in § 40 BDSG-E und in der DSGVO selbst, dessen wesentliches Strukturprinzip die Gleichbehandlung öffentlicher und nicht-öffentlicher Stellen ist.

b. § 1 Absatz 2: Subsidiaritätsklausel

Anders als in der bisherigen Fassung des BDSG (§ 1 Abs. 3) bezieht sich die Subsidiaritätsklausel ausdrücklich auf „Rechtsvorschriften des Bundes über den Datenschutz“. Unklar bleibt somit, ob eine Einschränkung gegenüber der bisherigen Formulierung gewollt ist. In diesem Fall wäre das Verhältnis von Vorschriften, die sich zwar nicht ausdrücklich auf den Datenschutz beziehen, aber dennoch personenbezogene Daten betreffen, zum Bundesdatenschutzgesetz n. F. klarzustellen (z.B. in Bezug auf Vorschriften aus dem Kreditwesengesetz). Aus unserer Sicht sollte dies im selben Absatz erfolgen (allg. Subsidiaritätsklausel). Auch die Gesetzesbegründung liefert insoweit keine abschließende Klarheit.

7. Dezember 2016

3. § 4 Videoüberwachung: Bisher legitime Videoaufzeichnungen von Kreditinstituten dürfen nicht in Frage gestellt werden

Die Videoüberwachung in „öffentlich zugänglichen Räumen“ hat in der Kreditwirtschaft erhebliche Bedeutung. Beispiele sind die Kameraüberwachung in den Geschäftsstellen der Institute und an Serviceterminals, wie insbesondere Geldausgabeautomaten. Der § 4 Absatz 1 Nr. 2 BDSG-E greift dabei im Vergleich zum heute für Videoaufzeichnungen relevanten § 6b BDSG zu kurz. Denn nur noch zum Zweck des Schutzes von Leben und Gesundheit und auch nur bei „großflächigen Anlagen“ wäre danach eine Videoüberwachung in öffentlichen Räumen legitim.

Zwar tragen Kameraüberwachungen in öffentlich zugänglichen Räumen eines Kreditinstituts zum Schutz von Leib und Leben der Mitarbeiter und der Kundschaft bei. Jedoch dienen diese Überwachungsmaßnahmen auch der Prävention und Aufklärung von kriminellen Angriffen auf das Kreditinstitut. Bei öffentlich zugänglichen Räumen ohne Servicepersonal (z.B. SB-Bereich einer Bank mit Geldautomaten) kommt der Zweck der Wahrung des Hausrechts hinzu. Auch dürfte z.B. eine Schalterhalle der Bank eher nicht als eine „großflächige Anlage“ im Sinne der Vorschrift gelten. Aus unserer Sicht sind die Zwecke Prävention und Aufklärung von kriminellen Angriffen sowie die Wahrung des Hausrechts auch im Lichte des Artikel 6 Absatz 1f DSGVO weiterhin legitim, so dass im nationalen Recht eine Videoüberwachung zum Zweck der Verfolgung von Straftaten und zur Wahrung des Hausrechts nicht ausgeschlossen werden kann.

Deshalb sollte die Regelung zur Videoüberwachung entweder auf § 6b BDSG vollumfänglich aufsetzen oder Videoüberwachungen im nicht-öffentlichen Bereich sollten von der neuen Regelung ausgenommen sein, so dass dann für den nicht-öffentlichen Bereich alleine Artikel 6 Absatz 1 DSGVO relevant bleibt.

4. § 23 Verarbeitung zu anderen Zwecken: Fortführung von Vorschriften zur Zweckänderung ist sinnvoll

Die vorgesehenen Regeln in § 23 Absatz 2 BDSG-E über im Lichte des Artikel 6 Absatz 4 DSGVO zulässige Zweckänderungen sind zu begrüßen. Sie greifen zu Recht die bislang im BDSG enthaltenen Vorschriften auf und schaffen damit Kontinuität und Rechtssicherheit für die verarbeitenden Stellen. Ferner ist die Übernahme des bisherigen § 28 Absatz 8 BDSG mit § 23 Absatz 4 BDSG-E sachgerecht.

5. § 24 Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext: „Kleine Lösung“ des BDSG reicht zunächst

Die Fortführung des heutigen § 32 BDSG ist zu begrüßen, da damit rechtliche Kontinuität und Sicherheit geschaffen sowie der Anpassungsaufwand für Unternehmen begrenzt wird. Aufgrund der kurzen Zeit in der aktuellen Legislaturperiode würde man das Gesetzesvorhaben völlig überfrachten, sogleich weitere Aspekte des Beschäftigtendatenschutzes regeln zu wollen. Auf-

7. Dezember 2016

grund des Erwägungsgrunds 155 DSGVO ist davon auszugehen, dass weiterhin arbeitsrechtliche Kollektivvereinbarungen eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Mitarbeiterdaten sein können.

6. § 27 Datenübermittlung an Auskunfteien: Bisherige Norm muss aktualisiert werden und kann nur konkretisierenden Charakter haben

a. Absatz 1 - Übermittlung von Daten über Leistungsstörungen

Die Übernahme des bisherigen § 28a Absatz 1 BDSG in den § 27 Absatz 1 BDSG-E ist aus Gründen der Kontinuität und Rechtssicherheit zu begrüßen.

b. Absatz 2 – Übermittlung von Vertragsdaten

Würdigung der volkswirtschaftlichen Bedeutung von Kreditauskunfteien

Die Fortführung der gesetzlichen Regelung zur Übermittlung von sogenannten Positivdaten an Auskunfteien im bisherigen § 28a Absatz 2 BDSG ist grundsätzlich zu begrüßen. Gerade die damit verbundene Würdigung der Bedeutung der Auskunfteien für die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft und den Überschuldungsschutz bei Verbrauchern in der Gesetzesbegründung ist zutreffend und sachgerecht. Allerdings sollten zusätzlich auch noch folgende Entwicklungen in der Rechtsprechung in geeigneter Weise in der Gesetzesbegründung aufgenommen werden:

- Kreditinformationssysteme sind geeignet, der Überschuldung von Kreditnehmern vorzubeugen und grundsätzlich zu einer höheren Kreditverfügbarkeit zu führen und zwar auch zugunsten von Antragstellern, für die ohne angemessene Kenntnis der Gläubiger von ihrer persönlichen Situation möglicherweise zu hohe Zinssätze gelten würden (Urteil des EuGH vom 23. November 2006 (Az. C-238/05) in WM 2007, 157).
- Kreditinformationssysteme unterstützen die Kreditinstitute bei der Erfüllung ihrer Pflichten nach Artikel 8 Absatz 1 in Verbindung mit dem Erwägungsgrund 26 der RL 2008/48/EG. Hiernach obliegt es ihnen, verantwortungsvoll Kredite an Verbraucher zu vergeben, wozu es gehört, zuvor die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers bewertet zu haben. Diese Kreditprüfung dient in erster Linie dem Schutz des Verbrauchers vor einer Gewährung von solchen Krediten, die die finanziellen Möglichkeiten des Verbrauchers überschreiten und letztlich zur Zahlungsunfähigkeit des Verbrauchers führen können (EuGH, Urteil vom 27. März 2014, Az. C-565/12 in NJW 2014, 1941; Urteil vom 18. Dezember 2014, Az. C-449/13 in EuZW 2015, 189).

7. Dezember 2016

Verbesserungsbedarf in der Gesetzesformulierung

Jedoch besteht noch dringender Verbesserungsbedarf bei der Formulierung des § 27 Absatz 2 BDSG-E:

- Der vorgeschlagene § 27 Absatz 2 BDSG-E hat – wohl unbeabsichtigt - einen engeren Anwendungsbereich als der heutige § 28a Absatz 2 BDSG. Bei der Bezugnahme auf „§ 28“ dürfte der heutige § 29 Absatz 2 BDSG gemeint sein, der aber keine Entsprechung in der DSGVO hat und deshalb nicht fortgeführt werden kann. Während das heutige Recht allgemein die Übermittlung von Vertragsdaten seitens der Bank an die Auskunftfei erfasst, würde durch die Formulierung „Datenverarbeitung von Auskunftfeien gemäß § 28 BDSG“ nur die Übermittlung von Daten zum Zwecke des Scorings nach § 28 BDSG-E erfasst. Das ist qualitativ ein deutlich anderer Ansatz, der verkürzt ist und sich auch nicht mit der Gesetzesbegründung deckt. Deshalb muss die Einschränkung auf § 28 BDSG-E entfallen.
- Der Wortlaut des bisherigen § 28a Absatz 2 BDSG muss an die seit 2010 eingetretenen Veränderungen (vgl. insbesondere §§ 505a und 505b BGB im Zivilrecht sowie § 1 KWG und Zahlungsdienstaufsichtsgesetz) angepasst werden, da ansonsten die Fortführung der Vorschrift eher schaden als helfen würde. Bislang konnten die Defizite des heutigen § 28a Absatz 2 BDSG durch eine Einwilligungslösung (z.B. SCHUFA-Klausel) kompensiert werden. Um von Seiten der Kreditinstitute nicht weiterhin auf eine Einwilligungslösung setzen zu müssen, sollte die Norm die weiterentwickelten gesetzlichen Rahmenbedingungen, die wirtschaftliche Funktionsweise der Auskunftfeien und den mit der Datenübermittlung verfolgten Zweck besser berücksichtigen. Damit würde auch am Wortlaut der Norm deutlicher, warum der nationale Gesetzgeber im Lichte der DSGVO berechtigt ist, eine Konkretisierung vorzunehmen.

Es bietet sich daher folgende Änderung an:

„Zur zukünftigen Übermittlung für eine Datenverarbeitung von Auskunftfeien ~~gemäß § 28~~ dürfen Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsunternehmen und Zahlungsinstitute personenbezogene Daten über die Begründung, ordnungsgemäße Durchführung und Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit einem finanziellen Ausfallrisiko an Auskunftfeien übermitteln, es sei denn (...)“

Des Weiteren müsste der neue, aus der Umsetzung der EU-Bankkontorichtlinie resultierende § 35 ZKG in einem neuen Satz 3 berücksichtigt werden, wonach eine Bedarfsprüfung für die Einrichtung eines „Basiskontos“ es voraussetzt, bei einer Auskunftfei nachfragen zu können, ob der Verbraucher bereits bei einem anderen Institut ein Zahlungskonto führt:

„(...) Satz 1 gilt auch für Basiskontoverträge zur Feststellung des Bedarfs nach § 35 ZKG.“

Alternativ könnte auch § 35 ZKG nach dem Vorbild des § 850k ZPO verbessert werden.

7. Dezember 2016

Qualität der Norm

Im Übrigen sollte zumindest in der Gesetzesbegründung – wie schon bei Etablierung des bisherigen § 28a BDSG¹ - deutlich werden, dass die Regelung – schon aus EU-rechtlichen Gründen - nicht abschließend, sondern lediglich konkretisierend ist. Das heißt, dass

- die Norm für Kreditinstitute keine der möglichen Erlaubnistatbestände aus Artikel 6 Absatz 1 DSGVO ausschließt – auch nicht die Einwilligung (vgl. Erwägungsgrund 43 DSGVO) – und
- die Norm andere Adressaten als Kreditinstitute nicht erfasst, deren Datenübermittlungen sich weiter alleine nach Artikel 6 Absatz 1 und Artikel 7 DSGVO richten.

So wird sichergestellt, dass die von der Kreditwirtschaft zur gesetzlich vorgeschriebenen umfassenden Bonitätsprüfung benötigten Daten (§ 505b BGB etwa schreibt die Prüfung „notwendiger, ausreichender und angemessener Informationen zu Einkommen, Ausgaben sowie anderen finanziellen und wirtschaftlichen Umständen“ vor) auch weiterhin von Auskunftsteilen zur Verfügung gestellt werden können.

Sollten die hier vorgeschlagenen notwendigen Änderungen nicht vorgenommen werden, wäre dagegen vom Vorschlag des Referentenentwurfes zur Vermeidung einer europarechtswidrigen Einschränkung der allgemeinen Interessenabwägungsklausel Abstand zu nehmen.

c. Absatz 4 – Lösungsanspruch

Der in Absatz 4 vorgesehene Lösungsanspruch ist bislang nicht in § 28a BDSG enthalten. Dieser ist auch im Interesse des Verbrauchers nicht sinnvoll, da er mit der Löschung - ohne es letztendlich zu überblicken - seine positive Vertragshistorie im Auskunftbeistand verfrüht beseitigen könnte. Für die Praxis wäre es vielmehr hilfreich, wenn gesetzlich eine „nachvertragliche“ Speicherregelung getroffen würde als Kompensation für den Wegfall der bisherigen Regellösungsfrist bei Auskunftsteilen (§ 35 Absatz 2 Satz 2 Nr. 4 BDSG).

Deshalb sollte Absatz 4 entweder ganz entfallen oder grundsätzlich überarbeitet werden.

7. § 28 Scoring: Anerkennung der wirtschaftlichen Bedeutung des Scorings

Die Beibehaltung der Vorschrift des heutigen § 28b BDSG ist aus Gründen der Kontinuität und der Rechtssicherheit sinnvoll. Wie auch in der Gesetzesbegründung zutreffend ausgeführt, wird damit die Bedeutung des (Kredit-)Scorings für die sachgerechte, objektive und effektive

¹ Vgl. Begründung im Regierungsentwurf von 2008 in BT-Drs. 16/10529 vom 10. Oktober 2008, S. 15 : „(...) Der gesetzliche Erlaubnistatbestand in § 28a Abs. 2 Satz 1 betrifft nur die Übermittlung der dort ausdrücklich benannten Daten durch Kreditinstitute. Die Möglichkeit einer Einwilligung des Betroffenen gemäß § 4 Abs. 1, § 4a in die Übermittlung darüber hinausgehender Daten durch Kreditinstitute bleibt von der vorgeschlagenen Regelung unberührt. Unberührt bleibt auch die Möglichkeit anderer verantwortlicher Stellen als Kreditinstitute, mit einer Einwilligung des Betroffenen gemäß § 4 Abs. 1, § 4a das Vertragsverhältnis beschreibende Daten (Angaben über Begründung, ordnungsgemäße Durchführung und Beendigung des Vertrages) zu übermitteln. (...)“

7. Dezember 2016

Beurteilung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern unterstrichen und insgesamt die Relevanz der Datenverarbeitung bei der Kreditvergabe gewürdigt. Auch hier gilt, dass die Regelung schon aus EU-rechtlichen Gründen nur konkretisierenden Charakter haben und nicht den Erlaubnistatbestand in Artikel 6 und ggf. Artikel 22 DSGVO einschränken kann. Ferner sollte in der Gesetzesbegründung auch § 10 KWG berücksichtigt werden, der ähnliche Parameter im Bankaufsichtsrecht für das wesensverwandte Rating definiert².

8. § 30 Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person: Angemessenen Interessenausgleich herstellen

a. Absatz 1 – Einschränkung der Informationspflicht wegen Unmöglichkeit und unverhältnismäßigem Aufwand

Der Ansatz der Gesetzesvorlage ist sehr zu unterstützen:

Zutreffend wird wahrgenommen, dass im Vergleich zur heutigen Rechtslage die Informationspflicht nach Artikel 13 DSGVO zu einer höheren Formalisierung der Informationserteilung gegenüber dem Verbraucher führen kann. Wie mit Absatz 1 richtig festgestellt wird, gibt es Situationen, in denen eine Unterrichtung zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten kaum möglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellt.

Am Deutlichsten wird dies bei der Videoüberwachung z.B. in öffentlichen Verkehrsmitteln oder am Geldausgabeautomaten, bei der – wie in § 6b BDSG anerkannt – nur eine Schnellinformation des Betroffenen per Kurzhinweis bzw. Piktogramm möglich ist. Ein solcher Kurzhinweis muss weiter ausreichen, zumal es für Videoaufzeichnungen die Regel ist, dass diese nach wenigen Wochen bereits gelöscht werden, wenn mangels eines Zwischenfalls im beobachteten Feld keine Notwendigkeit zur weiteren Speicherung mehr besteht.

Ein weiteres Beispiel für die Notwendigkeit der Einschränkung sind telefonische Vorgänge (z.B. Kunde ruft wegen Vertragsschluss Call-Center der Bank an), bei denen die Eigenschaften des Mediums Telefonie es nicht zulässt, sofort alle erforderlichen Informationen dem Betroffenen mitzuteilen. Wie auch sonst im Fernabsatzrecht anerkannt, muss es ausreichen, dass die vollständige Information nachgeholt werden kann, wie es Absatz 3 auch vorsieht.

b. Absatz 3 – Nachholung von Informationen

Eine Nachholung von Informationen sollte entbehrlich sein, wenn die Daten – wie z.B. bei der Videoaufzeichnung - zeitnah gelöscht werden. Auch sollte eine Nachholungspflicht nicht dazu führen, weitere Nachforschungen anstellen zu müssen, um den hinreichenden Personenbezug herzustellen, um überhaupt in der Lage zu sein, den Betroffenen unterrichten zu können. So sind viele Videoaufzeichnungen aus sich heraus ohne weitere Nachforschungen nicht auf eine

² Vgl. auch Begründung im Regierungsentwurf von 2008 in BT-Drs. 16/10529 vom 10. Oktober 2008, S. 16: „(...) Die Regelungen des Kreditwesengesetzes, insbesondere die über die Ausgestaltung der internen Risikomessverfahren, und die Regelungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes bleiben durch die vorgeschlagenen Regelungen im BDSG unberührt.“

7. Dezember 2016

bestimmte Person beziehbar. Im Übrigen ist die Fristvorgabe verbesserungsbedürftig und sollte besser lauten:

„...kommt der Verantwortliche der Informationspflicht unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände der Verarbeitung innerhalb einer angemessenen Frist, spätestens jedoch innerhalb von zwei Wochen, nach Fortfall des Hinderungsgrundes, nach.“

9. § 31 Informationspflicht, wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden: Weitere Ausnahmen aus dem heutigen § 33 Absatz 2 BDSG berücksichtigen

Die Ausnahmen in § 31 Absatz 1 Nr. 2 BDSG-E sind sachgerecht. Jedoch fehlt die Übernahme der bisherigen Ausnahmeregelungen des § 33 Absatz 2 Nr. 2, Nr. 7a und 7b BDSG zu gesetzlichen Aufbewahrungspflichten und zur Übernahme von Daten aus öffentlichen Quellen. Gerade Kreditinstitute sind aufgrund der Vorgaben zur Compliance und zur Geldwäschebekämpfung gehalten, Daten auch aus öffentlichen Quellen zu erheben. Eine Unterrichtung der davon Betroffenen könnte im Spannungsfeld zu den Zwecken Compliance und Geldwäschebekämpfung stehen. Deshalb sollten diese bisherigen Ausnahmetatbestände fortgeführt werden, zumindest bei Verfolgung der genannten Zwecke.

10. § 32 Auskunftsrecht der betroffenen Person: Angemessenen Interessenausgleich herstellen

a. Absatz 1 – gesetzliche Speicherpflicht und Zielgerichtetheit des Auskunftersuchens

Die in Absatz 1 vorgesehenen Ausnahmen knüpfen an den heutigen § 33 Absatz 2 BDSG an. Diese sind sehr sinnvoll und äußerst wichtig, um den Anpassungsaufwand für speichernde Stellen auf ein vernünftiges Maß zu begrenzen. Dazu Folgendes zur Verdeutlichung:

- Solche Daten, die nur noch zur Erfüllung von gesetzlichen Aufbewahrungspflichten vorhanden sind, sind heute schon gesperrt und damit nicht im laufenden Geschäftsbetrieb eines Unternehmens relevant (= „nicht operativer Datenbestand“). Weder für die speichernde Stelle noch den Betroffenen haben solche „nicht operativen Daten“ eine aktuelle Bedeutung. Somit macht es auch aus der Sicht des Betroffenen keinen Sinn, solche Daten – ggf. mit großem Aufwand auf Seiten der speichernden Stelle (z.B. nachträgliche Digitalisierung von Mikrofilmen [micro fiches]) – zu beauskunften. Dieser Bewertung trägt § 32 Absatz 1 Nr. 2 BDSG-E zutreffend Rechnung.
- Eine wichtige Klarstellung ist auch die Regelung in § 32 Absatz 1 Nr. 3 BDSG-E, wonach der Auskunftersuchende die Beauskunftung durch ein zielgerichtetes Auskunftersuchen unterstützen muss, um die Auskunftspflicht der speichernden Stelle erfüllbar zu halten.

7. Dezember 2016

b. Absatz 2 - Geschäftsgeheimnisse

Auch die aus dem bisherigen § 34 Abs. 1 Satz 4 BDSG resultierende Beschränkung des Auskunftsrechts in § 32 Absatz 2 BDSG-E ist sinnvoll und überdies verfassungsrechtlich geboten. Denn nicht nur der Betroffene ist ein Grundrechtsträger, sondern auch die speichernde Stelle. Sie muss das verfassungsrechtlich geschützte Gut in Gestalt von Geschäftsgeheimnissen weiter in Anspruch nehmen können (vgl. auch Erwägungsgrund 63 DSGVO). Der gewählte Ansatz führt zu einem geeigneten Ausgleich dieser unterschiedlichen Interessen.

11. § 33 Recht auf Löschung: Weiterführung der heutigen Sperrmöglichkeit

Die Vorschrift in § 33 Absatz 1 BDSG-E trägt zurecht dem Umstand Rechnung, dass aus verarbeitungstechnischen Gründen eine Löschung nicht immer möglich ist. Hier das heutige Modell der Sperre (vgl. § 35 Absatz 3 Nr. 3 BDSG) fortzuführen, ist sachgerecht und trägt auch den Interessen des Betroffenen ausreichend Rechnung. Denn gesperrte Daten sind für den laufenden Geschäftsbetrieb nicht mehr ohne weiteres zugänglich. Auch damit lässt sich der technische Umsetzungsaufwand bei den speichernden Stellen auf ein ausreichendes Maß beschränken.

12. § 35 Automatisierte Einzelentscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling: Rahmen der DSGVO beachten

Die vorgesehene Klarstellung ist zu begrüßen, da damit an die Rechtslage des heutigen § 6a BDSG angeknüpft wird. Bei einer positiven automatisierten Einzelentscheidung ist nicht ersichtlich, warum eine solche eingeschränkt sein sollte. Auch aus dem Erwägungsgrund 71 der DSGVO wird deutlich, dass sich die Frage der Zulässigkeit der Datenverarbeitung in den Fällen, in denen dem Begehren der betroffenen Person stattgegeben wird, nicht nach Artikel 22 DSGVO richten soll. Denn in diesen Fällen liegt regelmäßig keine Beeinträchtigung der betroffenen Person vor. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die betroffene Person von ihrem Recht, nicht einer vollautomatisierten Entscheidung unterworfen zu werden, angesichts der ihn begünstigenden Entscheidung keinen Gebrauch machen wird.

Um im Einklang mit den Vorgaben der DSGVO zu stehen, sind allerdings die folgenden Änderungen geboten:

- Die Überschrift ist an den Wortlaut der Verordnung anzupassen (Änderungen sind kenntlich gemacht): "*Automatisierte ~~Einzel~~Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling*"
- Auch der Tatbestand des § 35 Satz 1 BDSG-E ist an den Wortlaut von Artikel 22 DSGVO anzupassen (Änderungen sind kenntlich gemacht):

*"Das Recht gemäß Artikel 22 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679, keiner ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung - **einschließlich Profiling** - beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, besteht ergänzend zu den Ausnahmen des Artikel 22 Absatz 2*

7. Dezember 2016

Buchstabe a und c der Verordnung (EU) 2016/679 nicht, wenn die Entscheidung im Rahmen des Abschlusses oder der Erfüllung eines Vertrags- oder sonstigen Rechtsverhältnisses ergeht und dem Begehren der betroffenen Person stattgegeben wurde."

- Schließlich ist § 35 Satz 2 BDSG-E ersatzlos zu streichen. Schon aus der Formulierung „(...) gilt (...) entsprechend“ liegt der Schluss nahe, dass über das nach der DSGVO mögliche Maß hinausgegangen wird und zusätzliche Informationspflichten geschaffen werden sollen. Die Informationspflichten in Artikel 13 Absatz 2f) und Artikel 14 Absatz 2g) DS-GVO greifen nur im Falle "des Bestehens einer automatisierten Entscheidung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4" (Hervorhebungen nur hier), nicht jedoch in den Fällen des Artikel 22 Absätze 2 und 3 DSGVO. Da § 35 Satz 1 BDSG-E jedoch den Artikel 22 Absatz 2a) und c) erweitert, also nicht die Absätze 1 und 4, würde § 35 Satz 2 BDSG-E über die klare und abschließende Regelung der DSGVO hinausgehen. Zudem fehlt es in den Fällen, in denen dem Begehren der betroffenen Person nicht stattgegeben wird, an einer Regelungslücke in der DSGVO, sodass für § 35 Satz 2 BDSG-E kein Raum ist.

13. § 36 Datenschutzbeauftragte nicht-öffentlicher Stellen: Rolle erhalten

Die Fortführung des bewährten Modells des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist sehr zu begrüßen. Allerdings besteht noch folgender Verbesserungsbedarf:

- Anders als in der Gesetzesgründung angedeutet, erfolgt eine Änderung im Hinblick auf die Schwelle zur Bestellungspflicht. Künftig soll generell ein Schwellenwert von 10 Personen gelten für solche, die ständig mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind (bislang 20 Personen bzw. 10 Personen bei automatisierter Verarbeitung, § 4f Abs. 1 BDSG). Im Interesse der Kontinuität plädieren wir dafür, die bisherigen Regelungen in Gänze fortzuführen.
- Es werden nicht alle diesbezüglichen sinnvollen Regelungen aus dem heutigen BDSG übernommen (vgl. § 4g und § 4f). So stellt der § 36 BDSG-E eine Verschlechterung der Stellung des Datenschutzbeauftragten zum aktuellen § 4f BDSG dar. Denn es fehlt die für die Praxis sehr relevante Aussage der unmittelbaren Unterstellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten unter die Unternehmensleitung nicht-öffentlicher Stellen (vgl. § 4f Absatz 3 Satz 1 BDSG). Auch die rechtzeitige Einbindung des Datenschutzbeauftragten bei Vorhaben der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten im Unternehmen (vgl. § 4g Absatz 1 Nr. 1 BDSG) muss stärker zum Ausdruck kommen, damit der Datenschutzbeauftragte weiterhin seine Aufgaben effektiv wahrnehmen kann.
- In der Gesetzesbegründung sollte klargestellt werden, dass nach dem BDSG bereits bestellte Datenschutzbeauftragte mit dem Inkrafttreten der neuen Regelungen nicht erneut bestellt werden müssen.

7. Dezember 2016

14. § 38 Aufsichtsbehörden der Länder für nicht-öffentliche Stellen: Zuständigkeitsfragen klären

Die Gesetzesvorlage sieht vor, die bestehende Struktur der Datenschutzaufsicht durch die Länder im nicht-öffentlichen Bereich fortzuführen. Es fehlt allerdings an einer Regelung zur federführenden Zuständigkeit in den Fällen, in denen Aufsichtsfragen über die Grenzen eines Bundeslandes hinaus Bedeutung haben (z.B. bundesweit agierende Unternehmen oder länderübergreifend einheitlich nutzbare Produkte). Denn für grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb der Europäischen Union, gelten spezielle Bestimmungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden (vgl. Artikel 56 und 60 ff. DSGVO). Wählt ein EU-Mitgliedstaat eine föderale Aufsichtsstruktur im Inland, so muss im Wege des Erstrechtschlusses auch innerstaatlich das Gleiche gelten wie im EU-Kontext.

15. §§ 39 und 40 Bußgeld- und Strafverfahren: Differenzierung zwischen der verantwortlichen Stelle und deren Mitarbeitern

Die Einschränkung in § 39 Absatz 1 Satz 2 BDSG-E ist zu begrüßen, da im Zusammenspiel mit § 40 BDSG-E zwischen der verantwortlichen Stelle und für diese Stelle handelnden Vertretern unterschieden wird. Die sehr hohen Sanktionsmöglichkeiten der DSGVO richten sich nur an die speichernde Stelle. Eine Fortführung von Bußgeldregeln für Mitarbeiter in § 40 BDSG-E sollte sehr sorgfältig abgewogen werden. Denn werden die persönlichen Bußgeldrisiken von Mitarbeitern zu hoch angesetzt, dann könnte beispielweise die Ausübung des Amtes des betrieblichen Datenschutzbeauftragten wegen möglicher Existenzgefährdung für Mitarbeiter unattraktiv werden.

16. § 40 Weitere Vorschriften für die Verhängung von Geldbußen: Signalwirkung problematisch

Die völlige Freistellung von öffentlichen Stellen von Bußgeldpflichten in § 40 Absatz 3 Satz 1 BDSG-E mag zwar EU-rechtlich möglich sein, führt aber wegen der damit verbundenen Signalwirkung aus der Perspektive von betroffenen Bürgern und nicht-öffentlichen Stellen zu Irritationen.

17. Klarstellung in Bezug auf die Reichweite der Datenportabilität nach Artikel 20 DSGVO bei der Kontowechselhilfe nach §§ 20 ff. ZKG

Artikel 20 DSGVO regelt ein Recht des Betroffenen auf Datenübertragung. Damit soll dem Betroffenen vor allem ein Anbieterwechsel erleichtert werden. Aufgrund der im September 2016 in Kraft getretenen Vorschriften zur Kontowechselhilfe in den §§ 20 ff. des Zahlungsgesetzes (ZKG), das auf der EU-Bankkontenrichtlinie beruht, dürfte im Bereich der Kreditwirtschaft der Regelungsbereich des Artikel 20 DSGVO zu einem erheblichen Teil durch das ZKG abgedeckt sein. Deshalb wäre im nationalen Recht eine Norm begrüßenswert, die der spe-

7. Dezember 2016

zifischen Rechtslage in der Kreditwirtschaft Rechnung trägt. Eine solche - auch an die Gestaltungsmöglichkeiten in Artikel 23 Absatz 1i) in Verbindung mit Artikel 23 Absatz 2c) DSGVO anknüpfende - Vorschrift könnte beispielsweise lauten:

§ ... Recht auf Datenübertragbarkeit

Der betroffenen Person steht das Recht auf Datenübertragbarkeit gemäß Artikel 20 der Verordnung (EU) 2016/679 zu. Soweit in bereichsspezifischen Gesetzen der Anbieterwechsel mit einer konkreten Vorgabe für die Datenübermittlung von einem Verantwortlichen zu einem anderen Verantwortlichen ausdrücklich geregelt ist, und dem Begehren der betroffenen Person insoweit stattgegeben werden kann, gilt das Recht der betroffenen Person auf Datenübertragbarkeit gemäß Art. 20 der Verordnung (EU) 2016/679 insoweit als erfüllt.