

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 („BDSG-E“)

I) Allgemeine Bemerkungen

Der Verband „Die Wirtschaftsauskunfteien e.V.“ (im Folgenden „DW“) vertritt die Interessen der großen deutschen Wirtschaftsauskunfteien. Zu den Mitgliedern zählen die Unternehmen Bisnode Deutschland GmbH, Bürgel Wirtschaftsinformationen GmbH & Co. KG, Creditreform Boniversum GmbH, IHD Gesellschaft für Kredit- und Forderungsmanagement mbH, infoscore Consumer Data GmbH, SCHUFA Holding AG und der Verband der Vereine Creditreform e.V.. Zusammen beschäftigen sie deutschlandweit mehr als 10.000 Mitarbeiter, erteilen pro Jahr rd. 400 Mio. Bonitäts- und Bilanzauskünfte an 250.000 Unternehmen in Deutschland und erwirtschaften im Jahr einen Umsatz von mehr als 1 Mrd. €.

Die Wirtschaftsauskunfteien begrüßen und unterstützen das Bestreben des Bundesinnenministeriums (BMI), die im Zuge der BDSG-Novelle 2009/2010 durch die Einführung der §§ 28a, 28b BDSG geschaffene Rechtssicherheit für die Wirtschaft und die Betroffenen zu erhalten. Es handelt sich bei diesen Vorschriften, die in den vorliegenden Gesetzentwurf als §§ 27, 28 übernommen worden sind, um Regelungen, die sich in der Zwischenzeit für alle Beteiligten bewährt haben, und insbesondere auch mit dem Ziel der EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO), nämlich ein hohes Datenschutzniveau in Europa zu schaffen, im Einklang stehen.

Folgerichtig hat das BMI im Rahmen der in Art. 6 Abs. 4 und Art. 23 EU-DSGVO vorgesehenen Öffnungsklauseln die ausgewogenen Bestimmungen für die Übermittlung von Daten an Auskunfteien und das Scoring auch unter dem Regime der EU-DSGVO im Gesetzentwurf erhalten. Damit wird den Bedürfnissen des Datenschutzes, der Verbraucher und der Wirtschaft unter der Prämisse der Verordnung angemessen Rechnung getragen.

Im Hinblick auf die Übermittlung von Vertragsdaten nach § 27 Abs. 2 BDSG-E und die entsprechende Anpassung an die EU-DSGVO ist aus Sicht unserer Mitglieder eine Korrektur des Gesetzestextes bzw. zumindest eine Ergänzung der Begründung zwingend notwendig. Sollte diese nicht erfolgen, sollte § 27 Abs. 2 BDSG-E gänzlich entfallen.

II) Im Einzelnen:

1) § 27 Abs. 1 - Datenübermittlung an Auskunfteien

Die Abbildung des bisherigen § 28a Absatz 1 BDSG im § 27 Absatz 1 BDSG-E ist aus Sicht der DW uneingeschränkt zu befürworten. Die Auskunfteien sowie ihre Kunden können die erst auf Grund der BDSG-Novelle 2009/2010 mit erheblichem Personal- und Kostenaufwand etablierten Prozesse beibehalten und die Betroffenen können sich weiterhin an klaren Regeln orientieren, unter welchen Voraussetzungen offene Forderungen sich auf ihre Bonitätsbeurteilung auswirken können.

Besonders zu begrüßen ist die nunmehr erfolgte ausdrückliche Anerkennung des Beitrages der Arbeit von Auskunfteien zur Funktionsfähigkeit der Wirtschaft sowie zum Überschuldungsschutz bei Verbrauchern und damit zur Unterstützung von Zielen von allgemeinem öffentlichem Interesse. Dass die Tätigkeit von Auskunfteien – wie in der Gesetzesbegründung zutreffend festgestellt – einem Ziel des allgemeinen öffentlichen Interesses dient, lässt sich anhand einer Vielzahl von Argumenten belegen.

§ 28a BDSG dient sowohl dem Schutz der Wirtschaft als auch demjenigen der Verbraucher. Da es somit um den Schutz wesentlicher Bestandteile der Gesellschaft geht, ergibt sich daraus zwangsläufig, dass der Erhalt dieser Vorschrift auch im öffentlichen Interesse liegt. Im Einzelnen lassen sich dazu folgende Gesichtspunkte anführen:

a) Schutz vor Überschuldung durch unverantwortliche Kreditvergabe

- Nach dem früheren § 509 BGB waren Unternehmer verpflichtet, vor Abschluss eines Vertrages mit einem Verbraucher über eine entgeltliche Finanzierungshilfe die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers zu bewerten. Als Grundlage für die Bewertung wurden in dieser Vorschrift ausdrücklich Auskünfte von Auskunfteien genannt. In der Begründung zu dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie (BT-Drucksache 16/11643) wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Pflicht zur Prüfung der Kreditwürdigkeit im öffentlichen Interesse besteht (S. 95/96).
- Durch das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie (RL 2014/17/EU – Wohnimmobilienkreditrichtlinie-) wurde die Bestimmung des § 509 BGB durch die Vorschriften der §§ 505a bis 505d BGB ersetzt. Dabei wurde die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung nochmals verschärft. Erstmals werden jetzt in § 505d BGB Sanktionen für den Fall eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung vorgesehen. In der Gesetzesbegründung (S. 119) wird wiederum ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die geforderte Kreditwürdigkeitsprüfung sowohl dem öffentlichen Interesse als auch dem Schutz des individuellen Verbrauchers dient (so ausdrücklich auch Hofmann, NJW 2010, 1782).
- Der EuGH hat in zwei jüngeren Entscheidungen ausdrücklich festgestellt, dass Kreditinstitute zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit einschlägige Datenbanken konsultieren sollen, um die seitens der Verbraucher gemachten Angaben überprüfen zu können (Urteil vom 27.03.2014, NJW 2014, 1941 ff.; Urteil vom 18.12.2014, ZIP 2015, 65 ff.). Die Kreditwürdigkeitsprüfung dient damit in erster Linie dem Schutz der Verbraucher vor der unverantwortlichen Gewährung von solchen Krediten, die ihre finanziellen Möglichkeiten überschreiten und letztlich zur Zahlungsunfähigkeit führen (EuGH, NJW 2014, 1941 ff., ZIP 2015, 65 ff.). Die grundsätzliche Bedeutung der Tätigkeit der Auskunfteien im öffentlichen Interesse wurde vom EuGH damit ausdrücklich anerkannt.

b) Stabilität des Finanzsektors (Schutz vor Kreditausfallschäden)

- Ohne eine Ermächtigungsgrundlage für die Weitergabe von Informationen über offene Forderungen an Auskunftsteilen, wie sie § 28a BDSG darstellt, bestünde die Gefahr, dass der Datenbestand der Auskunftsteilen ausgedünnt und im Ergebnis die Prognosefähigkeit der erteilten Auskünfte erheblich nachlassen würde. Würde § 28a BDSG nicht weiterbestehen, würde die vom Gesetzgeber durch die Kodifikation des § 28a geschaffene Rechtssicherheit entfallen, was weder dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen noch dem Schutz der Wirtschaft, der Verbraucher und der Funktionsfähigkeit der Auskunftsteilen dienlich wäre. Zu befürchten ist, dass die Datenbasis für eine verlässliche Bonitätsprognose immer kleiner wird. Die Unternehmen würden die größer werdende Gefahr von Kreditausfällen letztlich durch höhere Preise und Zinsen kompensieren bzw. auch von erfolgsversprechenden Geschäften aus Risikovorsorge ganz Abstand nehmen.
- Die Prüfung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern ist aus volks- und betriebswirtschaftlichen Gründen unabdingbar (Schröder/Taeger, Scoring im Fokus, Oldenburg 2014, S. 8, 23). Informationen, die auf die Kreditwürdigkeit von Verbrauchern und Unternehmen schließen lassen, sind wesentliche Voraussetzung für eine reibungslose und kostengünstige Abwicklung wirtschaftlicher Transaktionen (Schröder/Taeger, a.a.O.). Unternehmen gehen bei Finanzierungshilfen - etwa beim Kauf auf Rechnung - ein kreditorisches Risiko ein. Dieses Risiko wird durch Bonitätsprüfungen verringert, der Kauf auf Rechnung dadurch erst möglich gemacht. In gleicher Weise erhält z. B. ein Kreditnehmer einen Kredit schnell und effizient sowie zu angemessenen Konditionen. Die Verringerung der Zahlungsausfälle führt wiederum zu niedrigeren Preisen.

c) Erleichterter Zugang zu günstigen Krediten

- Einen wesentlichen Gesichtspunkt macht schließlich auch der gerade von der EU-Kommission geförderte Wunsch von kleinen und mittelständischen Unternehmen nach einem erleichterten Zugang zu günstigen Krediten aus. So ist erwiesen, dass die Verfügbarkeit von Zahlungsinformationen, die durch § 28a BDSG erst ermöglicht wird, grundsätzlich zu einer höheren Kreditverfügbarkeit führt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine belastbare Bonitätsprüfung die Berücksichtigung von Negativdaten, die Auskunftsteilen nach § 28a BDSG übermittelt werden, voraussetzt. Liegt somit die Durchführung von Bonitätsprüfungen grundsätzlich im öffentlichen Interesse, so muss dies auch für die Informationsbeschaffung durch die Auskunftsteilen gelten.

2) § 27 Absatz 2 Übermittlung von Vertragsdaten an Auskunftsteilen

Soweit im Gesetzentwurf die bisherige Regelung des § 28a Abs. 2 BDSG in den neuen § 27 Abs. 2 BDSG-E übernommen wurde, sind aus Sicht der DW sowohl eine Anpassung des Wortlauts als auch eine Klarstellung notwendig, dass es sich bei § 27 Abs. 2 S. 1 BDSG-E nicht um eine abschließende Regelung handelt.

a) Aktualisierung der Norm

Ein Anpassungsbedarf ergibt sich aufgrund der seit der Verabschiedung des § 28a BDSG im Jahre 2010 eingetretenen gesetzlichen Veränderungen:

- Die Begriffsbestimmungen zu den Normadressaten des KWG waren einem stetigen Wandel unterworfen; das Zahlungsverkehrsrecht wurde aus dem KWG in das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) ausgelagert und dort wurden eigene Normadressaten

definiert. Folgerichtig sollte es im Text nun nicht mehr „Kreditinstitute“ sondern vielmehr „**Finanzdienstleistungsunternehmen und Zahlungsinstitute**“ heißen.

- Zudem ist durch die Auslagerung des Girogeschäftes in das Zahlungsverkehrsrecht der bisherige Verweis auf § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG nicht mehr zutreffend. Wir schlagen vor, stattdessen das Tatbestandsmerkmal des „**Geschäfts mit finanziellem Ausfallrisiko**“ zu verwenden, das sich an den in § 10 KWG enthaltenen Begriff des „Adressausfallrisikos“ anlehnt.

b) Klarstellung: keine abschließende Regelung

Mit der Einführung des § 28a BDSG wurde in der Gesetzesbegründung zugleich klargestellt, dass § 28a Abs. 2 keine abschließende Regelung im Hinblick auf die Übermittlung von Positivdaten enthält (BT-Drucksache 16/10529, S. 15). Das bedeutete, dass sonstige Vertragsdaten, die nicht aus Bankgeschäften im Sinne des Abs. 1 S. 2 resultieren, im Falle einer Einwilligung des Betroffenen genutzt werden können. Eine entsprechende Klarstellung ergibt sich bei § 27 BDSG-E weder aus dem Gesetzestext noch aus der Begründung.

Die Anforderungen an die Einwilligung sind nach Art. 7 EU-DSGVO erhöht worden. Ließe sich die Übermittlung dieser bonitätsrelevanten Daten danach ggf. nicht mehr über eine Einwilligung legitimieren, bestünde ohne die bisher vorhandene Klarstellung die Gefahr, dass § 27 Abs. 2 S. 1 BDSG-E – anders als nach der aktuellen Gesetzeslage - als abschließende Regelung ausgelegt würde. Dies könnte wiederum dazu führen, dass bei der Nutzung von sonstigen Vertragsdaten eine grundsätzlich mögliche Berufung auf die allgemeine Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 f) EU-DSGVO ggf. als nicht zulässig angesehen werden könnte. Ob diese – in § 27 Abs. 2 S. 1 BDSG-E nicht aufgeführten – Daten bei Geschäften mit finanziellem Ausfallrisiko auf der vorgenannten Rechtsgrundlage übermittelt werden dürften, müsste dann im Einzelnen ggf. erst in zahlreichen und langwierigen Gerichtsverfahren vor dem EuGH geklärt werden.

Für die Auskunftseien und die Wirtschaft, d. h. ihre Kunden, hätte dies die bereits unter Ziffern II.1.a) u. b) aufgezeigten Auswirkungen, nämlich Beeinträchtigung der gesetzlichen vorgeschriebenen Kreditwürdigkeitsprüfung, Ausdünnung des Datenbestands, Nachlassen der Prognosefähigkeit, Verringerung der Datenbasis für verlässliche Prognosen, Kompensation von möglichen Kreditausfällen durch höhere Preise und Zinsen, usw.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, entweder den Gesetzestext unter Berücksichtigung der bereits unter Ziffer II.2.a) vorgeschlagenen Änderungen sowie einer Erweiterung des Normadressatenkreises entsprechend den im Geschäftsverkehr verwendeten Einwilligungsklauseln wie folgt zu modifizieren

(2) Zur zukünftigen Übermittlung für eine Datenverarbeitung von Auskunftseien gemäß § 28 dürfen **Finanzdienstleistungsunternehmen und Zahlungsinstitute, Telekommunikations-, Handels-, Energieversorgungs- und Versicherungsunternehmen sowie Leasinggesellschaften** personenbezogene Daten über die Begründung, ordnungsgemäße Durchführung und Beendigung eines Vertragsverhältnisses betreffend ein ~~Bankgeschäft nach § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2, 8 oder Nummer 9 des Kreditwesengesetzes~~ **Geschäft mit finanziellem Ausfallrisiko** an Auskunftseien übermitteln, es sei denn,

oder zumindest eine entsprechende Klarstellung in der Begründung vorzunehmen, die – wie bei der bisherigen Rechtslage - verdeutlicht, dass keine abschließende, sondern eine konkretisierende Regelung geschaffen werden soll. In diesem Zusammenhang könnte die Begründung zur BDSG-Novelle 2009/2010 auch für den vorliegenden Gesetzentwurf wie folgt genutzt werden:

Der gesetzliche Erlaubnistatbestand in § 27 Abs. 2 Satz 1 BDSG-E betrifft nur die Übermittlung der dort ausdrücklich benannten Daten durch Kreditinstitute. Die Möglichkeit von Kreditinstituten, auf der Grundlage einer Einwilligung gem. Art. 7 oder eines Erlaubnistatbestandes gem. Art. 6 Abs. 1 EU-DSGVO darüber hinausgehende Daten zu übermitteln, bleibt von der Vorschrift unberührt. Unberührt bleibt auch die Möglichkeit anderer Verantwortlicher als Kreditinstitute, auf der Grundlage einer Einwilligung gem. Art. 7 oder eines Erlaubnistatbestandes gem. Art. 6 Abs. 1 EU-DSGVO das Vertragsverhältnis beschreibende Daten (Angaben über Begründung, ordnungsgemäße Durchführung und Beendigung des Vertrages) zu übermitteln.

Nur auf diese Weise wird sichergestellt, dass die zur gesetzlich vorgeschriebenen umfassenden Bonitätsprüfung benötigten Daten (§ 505b BGB) auch weiterhin von Auskunftseien zur Verfügung gestellt werden können.

Sollten die hier vorgeschlagenen notwendigen Änderungen nicht vorgenommen werden, sprechen wir uns dafür aus, zur Vermeidung einer europarechtswidrigen Einschränkung der allgemeinen Interessenabwägungsklausel von dieser Regelung ganz Abstand zu nehmen.

c) Streichung des § 27 Abs. 2 S. 3

Mit § 35 Zahlungskontengesetz (BT-Drucksache 18/7204) wurde die Abfragemöglichkeit von Kreditinstituten bei Auskunftseien über sogenannte Basiskonten ausdrücklich erlaubt. Diese Vorschrift macht naturgemäß jedoch nur Sinn, wenn die Existenz solcher Konten (ohne Überziehungsmöglichkeit) auch an Auskunftseien gemeldet werden kann. Dem steht die Regelung entgegen, so dass sie gestrichen werden sollte.

d) Modifizierung des § 27 Abs. 2 S. 4

Die Vorschrift ist irreführend, da es nicht auf die Einmeldung, sondern auf die Verwendung der Daten ankommt. In der Gesetzesbegründung zur § 28a Abs. 2 BDSG wurde dies klargestellt. Würde die Norm – nunmehr ohne die klarstellende Begründung – einfach fortgeschrieben, entstünde erneut Rechtsunsicherheit.

Zweck der BDSG-Regelung war es, dass Anfragen, die der Betroffene ausschließlich zur Ermittlung der Konditionen stellt, von den Auskunftseien nicht (im Score) weiterverwendet werden dürfen. Klargestellt war allerdings in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/10529 zu § 28a am Ende), dass solche Anfragen zumindest aus Transparenzgründen gegenüber dem Verbraucher gespeichert werden müssen. Ohne eine entsprechende Klarstellung könnte ein pauschales Verbot der Speicherung dieser Anfragen angenommen werden, das dem Gedanken des Erwägungsgrundes Nr. 50 zur EU-DSGVO widersprechen würde. Zum Zwecke der Umsetzung des Willens des europäischen Gesetzgebers schlagen wir daher folgenden Wortlaut für S. 4 vor:

Anfragen, die ausschließlich der Markttransparenz dienen, dürfen nur zu Dokumentationszwecken verarbeitet werden.

3) § 27 Abs. 4 Löschung von Vertragsdaten auf Verlangen

Die Wirtschaftsauskunftseien haben vor dem Hintergrund, dass die EU-DSGVO keinerlei Regelungen zu Löschrufen mehr enthält, den Datenschutzaufsichtsbehörden einen Code of Conduct (CoC) zu Speicher- und Löschrufen zur Genehmigung vorgelegt. Bekanntlich ist es gerade das Ziel der EU-DSGVO, die Aufstellung derartiger Verhaltensregeln ausdrücklich zu fördern. Der vorgenannte CoC enthält ausführliche Regelungen, die die bisherigen Bestimmungen des § 35 BDSG umfassend übernehmen und nach Erörterung mit den

Datenschutzaufsichtsbehörden modifizieren. Aus diesem Grund besteht aus Sicht unserer Mitglieder keine Notwendigkeit, die hier vorgeschlagene (lediglich partielle) gesetzliche Regelung vorzusehen. Im Übrigen ist eine Öffnungsklausel für eine solche spezielle Lösungsbestimmung nicht ersichtlich.

4) § 28 Scoring

Positiv bewerten die Wirtschaftsauskunfteien auch die Anerkennung der Bedeutung des (Kredit-)Scorings für eine sachgerechte, objektive sowie effektive Beurteilung der Kreditwürdigkeit und dessen Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft sowie den Überschuldungsschutz bei Verbrauchern.

Da die Scoringverfahren unserer Mitgliedsunternehmen die Voraussetzungen des § 28 BDSG-E in vollem Umfang erfüllen, ist nach Auffassung des DW – auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht – gegen die Übernahme des § 28b BDSG in das neue Gesetz grundsätzlich nichts einzuwenden.

5) §§ 30-32 Informationspflichten und Auskunftsrechte

Die EU-DSGVO räumt den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit zu einer verhältnismäßigen Beschränkung der Betroffenenrechte ein, sofern nationale Gesetze oder übergeordnete Interessen dies erfordern. Wo dies aus praktischen oder rechtlichen Gründen erforderlich ist, sollte davon Gebrauch gemacht werden.

Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang zum einen die Ausnahmen nach § 33 Abs. 2 BDSG. Diese finden in Art. 13 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 5 EU-DSGVO ihre Entsprechung. Die vorgenannten Regelungen sind jedoch wesentlich allgemeiner gehalten, so dass nicht ohne weiteres ersichtlich ist, ob sämtliche Ausnahmen des § 33 Abs. 2 BDSG von den entsprechenden Bestimmungen der EU-DSGVO umfasst sind. Demgemäß wäre eine Klarstellung dahingehend hilfreich, dass davon ausgegangen wird.

Zum anderen sind hier die Regelungen zur Auskunftserteilung zu betrachten. In der EU-DSGVO fehlen Ausnahmeregelungen zu den Auskunftsrechten nach Art. 15 EU-DSGVO, wie wir sie aus § 34 Abs. 7 BDSG kennen. Wir schlagen daher vor, in das BDSG-E eine Regelung aufzunehmen, die auf die Geltung der Ausnahmen der Art. 13 Abs. 4 und 14 Abs. 5 EU-DSGVO auch für das Auskunftsrecht verweist. Damit wäre sichergestellt, dass die deutsche Regelung der europäischen Auslegung nicht zuwider läuft.

Neuss, den 07.12.2016

Dr. Thomas Riemann