

## Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes

an das Bundesministerium des Innern und für Heimat

6. September 2023

Kontakt:  
Cordula Nocke  
Tel.: 030 2462596-0  
[cordula.nocke@bfach.de](mailto:cordula.nocke@bfach.de)



## Inhaltsverzeichnis

<b>I</b>	<b>Vorbemerkung</b> .....	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht betroffener Personen</b> .....	<b>4</b>
<b>III</b>	<b>Schaffung einer europarechtskonformen und praktikablen Rechtsgrundlage für Scoring und insbesondere für die Berechnung, Übermittlung und Verwendung externer Score-Werte</b> .....	<b>6</b>
<b>1</b>	<b>EuGH-Vorabentscheidungsverfahren zum Scoring von Wirtschaftsauskunfteien</b> .....	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>Initiative des deutschen Gesetzgebers unabdingbar</b> .....	<b>9</b>
	2.1 Weitreichende Ausstrahlungswirkung einer EuGH-Entscheidung zum Scoring.....	9
	2.2 Europarechtskonforme Novellierung des § 31 BDSG.....	10
<b>3</b>	<b>Hohe Relevanz von Scoring für die gesamte Wirtschaft und insbesondere die Kreditwirtschaft</b> .....	<b>11</b>
<b>4</b>	<b>Rechtliche Bewertung des EuGH-Generalanwalts im Widerspruch zu Rechts-, Datenschutz- und Vertragspraxis</b> .....	<b>13</b>



## I Vorbemerkung

Der Bankenfachverband vertritt die Interessen der Kreditbanken in Deutschland. Seine Mitglieder sind die Experten für die Finanzierung von Konsum- und Investitionsgütern, allen voran Kraftfahrzeugen. Die Kreditbanken haben **mehr als 180 Milliarden Euro** an Verbraucher und Unternehmen ausgeliehen und **fördern damit Wirtschaft und Konjunktur**. Jeder dritte Privathaushalt nutzt regelmäßig Finanzierungen, um Konsumgüter anzuschaffen.

**Datenschutz und Datensicherheit sind für den Bankenfachverband und seine Mitgliedsunternehmen von besonderer Bedeutung.** Daher verfolgen wir datenschutzrechtliche Regulierungsinitiativen und Diskussionen auf europäischer und nationaler Ebene stets mit großem Interesse und **bedanken uns für die Möglichkeit der inhaltlichen Mitwirkung an der Konsultation zum Referentenentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)** und für die Berücksichtigung unserer Ausführungen im aktuellen Gesetzgebungsverfahren sowie darüber hinaus bei weiteren datenschutzrechtlichen Gesetzesvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene.

Bei der **Weiterentwicklung datenschutzrechtlicher Grundlagen** gilt es nach unserer Auffassung, hohe Standards des Schutzes personenbezogener Daten und die Souveränität der von Datenverarbeitungen betroffenen Personen über ihre Daten mit praxistauglichen Möglichkeiten auszubalancieren mit der Zielsetzung, ein **innovationsfreundliches Datenschutzrecht** zu schaffen. Die bisherigen Erfahrungen beispielsweise mit der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) veranschaulichen indes, dass diese Balance noch nicht in allen Bereichen vollständig erreicht ist. Damit die DSGVO ihrer Rolle als gesamt-europäische Standardsetzung gerecht werden kann, sollte die nächste Evaluierung deshalb zum Anlass genommen werden, existierende Hindernisse zu identifizieren und erforderlichenfalls zu beseitigen. So sollten beispielsweise vollautomatisierte Entscheidungen, die im Interesse der Kunden und der Wirtschaftsunternehmen zügige Vertragsabschlüsse ermöglichen, nicht an datenschutzrechtlichen Hürden scheitern. Darüber hinaus sollten die **in der DSGVO enthaltenen Öffnungsklauseln und Handlungsspielräume** für die nationalen Gesetzgeber auch und insbesondere in Deutschland konsequent genutzt werden, um **im Einklang mit der DSGVO maßgeschneiderte nationale Vorschriften für spezifische Themenfelder des Datenschutzes** zu erhalten. Insgesamt ist hierbei aus unserer Sicht eine **an den Grundsätzen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit orientierte Datenschutzregulierung**, welche **Rechtsunsicherheiten verhindert**, nicht nur wünschenswert, sondern für alle Beteiligten von essenzieller Bedeutung. Aus diesem Grunde begrüßen wir als Bankenfachverband die Initiative des deutschen Gesetzgebers, das BDSG zu überarbeiten und beispielsweise den Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse datenschutzrechtlich noch besser zu konturieren.



Zu den für unsere Mitglieder bedeutsamen datenschutzrechtlichen Themenkomplexen nehmen wir wie folgt Stellung:

## II **Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht betroffener Personen**

(zu Artikel 1 Nummer 10 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb: § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E)

### Petition des Bankenfachverbandes

Wir begrüßen die in **§ 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E** vorgesehene ausdrückliche **Ausnahme vom Auskunftsrecht** betroffener Personen in denjenigen Fallkonstellationen, in denen das Interesse an der **Geheimhaltung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** das Interesse der betroffenen Person an der Information überwiegt.

Das unternehmensinterne Know-how und vor allem Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind die **Grundlage der wirtschaftlichen Betätigung von Unternehmen aller Branchen**. Der **ökonomische Wert** dieser Unternehmensgeheimnisse spiegelt sich in Form der Erreichung oder Erhaltung von Wettbewerbsvorteilen gegenüber Wettbewerbern wider. Vor diesem Hintergrund ist der **Schutz der Unternehmensgeheimnisse einerseits bereits gesetzlich verankert** bzw. deren unerlaubte Weitergabe und Verwendung sanktioniert (z.B. im Straf-, Delikts- und Sachenrecht, im Wettbewerbsrecht, im Datenschutzrecht) und wird **andererseits von Unternehmen vertraglich ausbedungen** (z.B. durch Geheimhaltungsvereinbarungen, Verschwiegenheitsverpflichtungen).

Die in § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E geplante Ausnahme flankiert die bestehenden Vorschriften und **rundet diese datenschutzrechtlich weiter ab**. Hierbei werden die Rechte der betroffenen Personen auf Auskunft und die Rechte Dritter in Bezug auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in einen angemessenen Ausgleich gebracht. Denn das Auskunftsrecht soll über § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E nicht generell, sondern nur insoweit begrenzt werden, als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse betroffen sind.

§ 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E soll eine **Ausnahme zum Auskunftsrecht** gemäß Artikel 23 Abs. 1 Buchstabe i der DSGVO schaffen für Fallkonstellationen, in denen das Interesse an der Geheimhaltung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen das Auskunftsinteresse der betroffenen Person überwiegt.



Da **Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse** einen **hohen wirtschaftlichen Wert** für Unternehmen aller Branchen und auch für Banken darstellen, begrüßen wir die gesetzliche Ergänzung und Klarstellung in Bezug auf die Beschränkung des Auskunftsrechts betroffener Personen. Nach unserer Auffassung wird mit dem geplanten § 34 Abs. 1 S. 2 BDSG-E ein **wirksames und europarechtskonformes datenschutzrechtliches Schutzinstrument für unternehmensbezogene Informationen** geschaffen.

Bei der **Auslegung und praktischen Umsetzung** der Vorschrift (z.B. Verwaltungspraxis der Aufsichtsbehörden) sollte darüber hinaus sichergestellt werden, dass das **Tatbestandsmerkmal der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse in einem umfassenden Sinn** verstanden wird und sich an den diesbezüglichen Festlegungen des Gesetzgebers (z.B. im Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)) und der Judikatur orientiert. So sind nach der Legaldefinition des Begriffes Geschäftsgeheimnis in § 2 Nr. 1 GeschGehG alle Informationen erfasst, die geheim und deswegen von wirtschaftlichem Wert sind. Ein Geschäftsgeheimnis setzt zudem voraus, dass der rechtmäßige Inhaber ein berechtigtes Interesse an der Nichtverbreitung hat, die er durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen zu verhindern sich bemüht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, welche nicht offenkundig, sondern lediglich einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Während Betriebsgeheimnisse im Wesentlichen technisches Wissen im weitesten Sinne umfassen, betreffen Geschäftsgeheimnisse vornehmlich kaufmännisches Wissen. Zu derartigen Geheimnissen werden etwa Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können (vgl. [BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 \(1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03\), Rdnr. 87](#)).



### III Schaffung einer europarechtskonformen und praktikablen Rechtsgrundlage für Scoring und insbesondere für die Berechnung, Übermittlung und Verwendung externer Score-Werte

(zu Artikel 6 DSGVO, Artikel 22 DSGVO, § 31 BDSG)

#### Petition des Bankenfachverbandes

**Scoring-Verfahren** haben für die **Wirtschaft** (z.B. Online- und Versandhandel, Telekommunikationsunternehmen, Versicherungen, Energiewirtschaft) im Zusammenhang mit **Vertragsentscheidungen** und vor allem für die **Kreditwirtschaft** im Zusammenhang mit **Kreditentscheidungen** eine **herausragende Bedeutung**.

So tragen **Banken** eine erhebliche **Verantwortung** im Rahmen der **Kreditvergabe an Verbraucher**. Maßgebliche Grundlage einer **verantwortungsvollen Kreditvergabe** ist eine **sorgfältige Bonitätsprüfung** (vgl. § 18a KWG und §§ 505a und 505b BGB). Hierzu gehört die Nutzung aller zulässigen Informationen und der Einsatz professioneller Risikomanagementtechniken wie Scoring.

Scoring dient dazu, dem Kreditgeber in kompakter, zeitsparender und kostengünstiger Weise eine fundierte, differenzierte und objektive **Einschätzung der Erfüllungswahrscheinlichkeit in Bezug auf die ordnungsgemäße und vertragsgemäße Rückführung eines Kredites** und auf diese Weise letztlich ein **funktionierendes Kreditvergabesystem** zu ermöglichen. **Scoring wird eingesetzt, um Kredite verantwortungsvoll vergeben zu können**, und ist daher **sowohl für Verbraucher als auch für Banken von Vorteil**.

Grundsätzlich nutzen **Banken** bei ihren Kreditentscheidungen als Unterstützungsinstrument ihre auf der Basis eigener Datenbestände und Erfahrungswerte entwickelten so genannten **internen Scoring-Verfahren**. Diese müssen den einschlägigen bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben (z.B. § 25a KWG, Mindestanforderungen an das Risikomanagement der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Guidelines on loan origination and monitoring der European Banking Authority (EBA)) genügen und unterliegen der Überwachung durch die zuständigen Aufsichtsbehörden.

**Ergänzend** können im Zusammenhang mit Kreditentscheidungen **als ein zusätzlicher Baustein des Risikomanagements auch externe Scoring-Verfahren dritter Anbieter** (z.B. spezialisierter Informationsdienstleister wie Auskunftsteien) zum Einsatz gelangen. Beim so genannten **externen Scoring** berechnet beispielsweise eine Auskunftstei automatisiert auf der Grundlage der bei ihr gespeicherten Daten einen Wahrscheinlichkeitswert für eine etwaige Vertragserfüllung und stellt diesen Wert Wirtschaftsunternehmen für ihren weiteren Entscheidungsprozess zur Verfügung. Falls Banken



externe Score-Werte beziehen, fließen diese in der Regel **als ein Faktor bei der Risikoprüfung** mit ein.

Vor dem Hintergrund des **EuGH-Vorabentscheidungsverfahrens C-634/21 zum Scoring von Wirtschaftsauskunfteien** und der seit März hierzu vorliegenden Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts **plädieren wir nachdrücklich dafür**, die BDSG-Novelle zum Anlass zu nehmen, **eine europarechtskonforme und handhabbare Rechtsgrundlage für externe Scoring-Verfahren** von Dienstleistern der Wirtschaft (z.B. Auskunfteien) **im BDSG** zu schaffen, um auch künftig eine **rechtssichere Erstellung, Übermittlung und Nutzung automatisiert ermittelter externer Score-Werte zu ermöglichen**. Der bundesgesetzliche Anknüpfungspunkt hierfür könnte § 31 BDSG sein, der sich im Zusammenhang mit Scoring bewährt hat. Daneben bietet sich möglicherweise § 37 BDSG als Regelungsstandort an, der auf automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling abzielt und Ausnahmen vom Verbot des Artikels 22 Abs. 1 DSGVO regelt.

Gesetzgebungstechnisch und im Sinne einer homogenen Weiterentwicklung des Datenschutzrechts ist darüber hinaus im Hinblick auf die Festlegungen des EuGH-Generalanwalts zu der Frage, **ob Artikel 6 Abs. 1 und Artikel 22 Abs. 2 Buchstabe b DSGVO** überhaupt als **Rechtsgrundlagen für den Erlass einer nationalen Rechtsvorschrift wie § 31 BDSG** dienen können (vgl. Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts, Rdnr. 62 ff.), sowie im Hinblick auf eine etwaige inhaltlich gleichgelagerte EuGH-Entscheidung zu prüfen, **ob und inwieweit** der bisherige **§ 31 BDSG insgesamt an die DSGVO anzupassen ist**. Hierbei gilt es, mit Blick auf die Europarechtskonformität eines künftigen § 31 BDSG die zahlreichen legislativen Spielräume und Öffnungsklauseln der DSGVO für die nationalen Gesetzgeber sachgerecht zu berücksichtigen, um ein reibungsloses Zusammenspiel der DSGVO mit dem deutschen Datenschutzrecht sicherzustellen und insoweit einen kohärenten Gesetzesrahmen herzustellen. **Artikel 22 Abs. 2 Buchstabe b DSGVO** erlaubt es dem deutschen Gesetzgeber auf jeden Fall, nationalgesetzlich ausschließlich auf automatisierten Verarbeitungen einschließlich Profiling bzw. Scoring beruhende Entscheidungen zuzulassen.



## 1 EuGH-Vorabentscheidungsverfahren zum Scoring von Wirtschaftsauskunfteien

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) ist mit einem **Vorabentscheidungsverfahren** zum **Anwendungsbereich** und **Anwendungsumfang des Artikels 22 Abs. 1 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)**<sup>1</sup> befasst. Inhaltlich geht es um die **automatisierte Berechnung von Score-Werten durch Dienstleister wie Wirtschaftsauskunfteien** ([EuGH-Verfahren C-634/21](#)).

Seit dem 16. März 2023 liegen zu diesem Verfahren die **rechtlichen Bewertungen und Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts** Priit Pikamäe vor. Die Schlussanträge sind für den Gerichtshof zwar nicht verbindlich. In der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle folgen die Richter aber den Entscheidungsvorlagen der Generalanwältin. Ein **EuGH-Urteil** wird voraussichtlich im **Herbst 2023** ergehen. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden, welches das in Rede stehende Vorabentscheidungsverfahren initiiert hat (vgl. [Beschluss vom 01.10.2021](#)), wird dann im Anschluss auf der Basis der Entscheidung des EuGH den Ausgangsrechtsstreit entscheiden.

In seinen **Schlussanträgen** positioniert sich der Generalanwalt mit einer **äußerst weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Entscheidung** dahingehend, dass im Einzelfall bei Vorliegen entsprechender Tatsachen, deren Klärung der jeweiligen gerichtlichen Tatsacheninstanz obliege, eine **automatisierte Berechnung eines Score-Wertes durch Auskunfteien** bereits eine **ausschließlich automatisierte Entscheidung im Sinne des Artikels 22 Abs. 1 der DSGVO** darstellen könne, wenn die den Score-Wert verwendende Bank in ständiger Praxis eine Kreditanfrage ausschließlich oder jedenfalls maßgeblich aufgrund eines negativen Score-Ergebnisses ablehne und insoweit dem Score im Verfahren der Entscheidungsfindung größte Bedeutung beimesse (Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts, Rdnr. 40 ff.). In derartigen Fallkonstellationen – so der Generalanwalt – obliege die Versagung bzw. Gewährung eines Kredits nur noch formal der Bank, so dass es ein übertriebener Formalismus sei, diesem abschließenden Verfahrensschritt in einem Kreditgewährungsverfahren die Qualität einer Entscheidung beizumessen. Darüber hinaus hinterfragt der EuGH-Generalanwalt kritisch, ob die Vorschrift des § 31 BDSG in ihrer bisherigen Fassung mit der DSGVO vereinbar ist und deren Öffnungsklauseln für etwaige nationale Regelungen entspricht.

---

<sup>1</sup> Artikel 22 Abs. 1 DSGVO lautet wie folgt: „Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.“



## 2 Initiative des deutschen Gesetzgebers unabdingbar

### 2.1 Weitreichende Ausstrahlungswirkung einer EuGH-Entscheidung zum Scoring

Da die **automatisierte Berechnung und nachfolgende Bereitstellung externer Score-Werte** durch dritte Dienstleister wie Wirtschaftsauskunfteien **für die deutsche Wirtschaft im Allgemeinen und für die kreditgebende Wirtschaft im Besonderen** von **großer Bedeutung** ist und eine **EuGH-Entscheidung** unter teilweiser oder vollständiger Übernahme der Schlussanträge des Generalanwalts **erhebliche Implikationen für die Praxis aller externe Score-Werte einsetzenden Wirtschaftsunternehmen** nach sich ziehen dürfte, plädieren wir dafür, die **aktuelle Novellierung des BDSG** zum Anlass zu nehmen, **eine europarechtskonforme und handhabbare Rechtsgrundlage für die Erstellung, Übermittlung und Verwendung externer Score-Werte** zu schaffen. Hierbei wäre es wünschenswert, datenschutzrechtlich zwischen der Erstellung des externen Score-Wertes als automatisierte Verarbeitung inklusive Profiling auf der einen Seite sowie der Entscheidung des den Score-Wert im Anschluss nutzenden Unternehmens auf der anderen Seite zu differenzieren und insoweit den unterschiedlichen Tatbestandsmerkmalen des Artikels 22 Abs. 1 DSGVO gesetzgebungstechnisch Ausdruck zu verleihen. Denn nur eine derartige Differenzierung ermöglicht es, in mehrstufigen Verarbeitungsprozessen mit unterschiedlichen Verantwortlichen die datenschutzrechtlich relevanten Handlungen bzw. vor- und nachgelagerten Verarbeitungsvorgänge getrennt voneinander im Hinblick auf ihre datenschutzrechtliche Zulässigkeit zu prüfen und zu bewerten.

Zwar bezieht sich das in Rede stehende EuGH-Vorabentscheidungsverfahren lediglich auf die Verwendung externer Score-Werte durch Banken im Zusammenhang mit Kreditentscheidungen. Die **in dem Verfahren in Bezug genommenen datenschutzrechtlichen Vorschriften der DSGVO und des BDSG** betreffen aber die **Wirtschaft in ihrer Gesamtheit**. Dementsprechend dürften auch die datenschutzrechtlichen Bewertungen und Aussagen des EuGH eine umfassende Ausstrahlungswirkung über die Kreditwirtschaft und Kreditentscheidungsprozesse hinaus **auf sämtliche Vertragsentscheidungsprozesse von Wirtschaftsunternehmen** haben, in denen automatisiert ermittelte externe Score-Werte zum Einsatz gelangen.

Falls **externe Score-Werte infolge des EuGH-Urteils in der Rechtssache C-634/21** überhaupt **nicht mehr** oder jedenfalls **nicht mehr in der bisher etablierten Vorgehensweise** einsetzbar wären, könnten beispielsweise Unternehmen aus den Bereichen Online- und Versandhandel, Telekommunikation, Energieversorgung **bestimmte verbraucherfreundliche Zahlungsarten** (z.B. Kauf auf Rechnung) oder **Produkte im Wahlvertragsbereich** (z.B. Energiebezugsverträge jenseits der Grundversorgung) **nicht mehr** oder **allenfalls zu schlechteren Konditionen anbieten**. Zudem würde die **Wettbewerbsfähigkeit kleinerer Unternehmen** eingeschränkt, da diese die fehlenden Informationen der externen Score-



Werte nicht durch eigene interne Informationen kompensieren könnten. Ferner würden **Marktzutrittsschranken** für neue in den Markt eintretende Wirtschaftsunternehmen ohne eigene Kundendatenbank errichtet. Denn in Ermangelung externer Score-Werte könnten diese neuen Unternehmen Bezahlungsmöglichkeiten mit Ausfallrisiken und Produkte im Wahlvertragsbereich entweder überhaupt nicht oder allenfalls zu ungünstigeren Konditionen bzw. höheren Preisen anbieten und würden auf diese Weise gegenüber bereits auf dem Markt befindlichen Anbietern im Wettbewerb benachteiligt. Schlussendlich könnten sich **Auswirkungen auf die Kreditentscheidungsprozesse** derjenigen Banken ergeben, welche automatisiert gebildete **externe Score-Werte als einen Faktor in ihre Risikoprüfung** einbeziehen.

## 2.2 Europarechtskonforme Novellierung des § 31 BDSG

**Rechtlicher Anknüpfungspunkt** für eine derartige Regelung zu externen Scoring-Verfahren könnte die Vorschrift des **§ 31 BDSG** sein, die zum Schutz des Wirtschaftsverkehrs bei Scoring und Bonitätsauskünften bereits heute die Verwendung von Score-Werten und die hierbei zu berücksichtigenden Anforderungen normiert und sich insoweit bewährt hat. Denn die in § 31 BDSG verankerten Voraussetzungen zur Verwendung von Score-Werten tragen sowohl den Interessen der betroffenen Personen als auch der betroffenen Wirtschaftsunternehmen (z.B. Kreditinstitute, Auskunfteien) in angemessener Weise Rechnung. Daneben könnte **§ 37 BDSG** als Regelungsstandort in Betracht kommen, der auf automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling abzielt und Ausnahmen vom Verbot des Artikels 22 Abs. 1 DSGVO regelt.

Gesetzgebungstechnisch ist ferner im Zuge einer Regulierung in Bezug auf die Einlassungen des EuGH-Generalanwalts zu der Frage, **ob Artikel 6 Abs. 1 und Artikel 22 Abs. 2 Buchstabe b DSGVO** überhaupt als **Rechtsgrundlagen für den Erlass einer nationalen Rechtsvorschrift wie § 31 BDSG** dienen können (vgl. Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts, Rdnr. 62 ff.), sowie in Bezug auf eine etwaige inhaltlich gleichgelagerte EuGH-Entscheidung zu prüfen, **ob und inwieweit der bisherige § 31 BDSG insgesamt und grundsätzlich an die DSGVO angepasst werden muss**. Hierbei dürfte einerseits zu berücksichtigen sein, dass **Artikel 22 DSGVO** lediglich **Entscheidungen** betrifft, welche mittels einer **automatisierten Datenverarbeitung inklusive Profiling** getroffen werden, wohingegen der bisherige **§ 31 BDSG** mit einem **weiteren sachlichen Anwendungsbereich** auf den **Schutz des Wirtschaftsverkehrs bei Scoring und Bonitätsauskünften** abhebt und in diesem Kontext **insgesamt** und über Artikel 22 Abs. 1 DSGVO hinaus die **Zulässigkeit von Scoring** spezifiziert. Andererseits dürfte in den Blick zu nehmen sein, dass nach Auffassung des EuGH-Generalanwalts **Artikel 6 Abs. 1 und Artikel 22 DSGVO** dahingehend auszulegen sind, dass sie **nationalen Rechtsvorschriften über das Profiling nicht entgegenstehen**, wenn es sich um ein **anderes Profiling** als das in Artikel 22 Abs. 1 DSGVO normierte handelt, wobei in diesem Fall die nationalen



Rechtsvorschriften die **Anforderungen des Artikels 6 DSGVO** zu erfüllen haben (vgl. Schlussanträge des EuGH-Generalanwalts, Rdnr. 94 f.). In jedem Fall kann der deutsche Gesetzgeber seine Regelungsbefugnis aus der **Öffnungsklausel des Artikels 22 Abs. 2 Buchstabe b DSGVO** ableiten und ausschließlich auf automatisierten Verarbeitungen einschließlich Profiling bzw. Scoring beruhende Entscheidungen durch eine entsprechende Rechtsvorschrift zulassen.

Mit Blick auf die rechtlichen Bewertungen und Empfehlungen des EuGH-Generalanwalts aus März 2023 und auf die für Herbst 2023 avisierte EuGH-Entscheidung **bietet sich eine Anpassung des § 31 BDSG gerade im Zuge der aktuellen BDSG-Novelle an**, da bei einem EuGH-Urteil möglicherweise **für den deutschen Gesetzgeber Handlungsbedarf** entstehen könnte (z.B. bei einer etwaigen Europarechtswidrigkeit des § 31 BDSG in der aktuellen Fassung). Nicht zuletzt ist es für die Wirtschaft essenziell, sich bei der Verwendung von Score-Werten auf eine rechtssichere und europarechtskonforme deutsche Regelung stützen und verlassen zu können. Würde der deutsche Gesetzgeber erst anlässlich bzw. im Nachgang zu der EuGH-Entscheidung aktiv werden und eine Gesetzesinitiative starten, drohen unter Umständen **unklare rechtliche Verhältnisse und Rechtsunsicherheiten** sowie eine **regulatorische „Hängepartie“ zum Nachteil der Wirtschaft und der betroffenen Personen**.

### **3 Hohe Relevanz von Scoring für die gesamte Wirtschaft und insbesondere die Kreditwirtschaft**

**Scoring-Verfahren** haben für die **Wirtschaft** und vor allem für die **kreditgebende Wirtschaft** eine **herausragende Bedeutung**. Scoring wird vielfältig sowie **in unterschiedlichen Branchen und Unternehmen** (z.B. Kreditinstitute, Leasinggesellschaften, Telekommunikations-, Handels-, Energieversorgungs- und Versicherungsunternehmen) eingesetzt.

Die **im Bankenfachverband zusammengeschlossenen auf das Kreditgeschäft spezialisierten Kreditbanken** setzen als **Experten für Finanzierung** seit Jahren Scoring-Verfahren als Unterstützungsinstrument in ihren Kreditantrags- und Kreditvergabeprozessen ein. Kredit (abgeleitet vom lateinischen credere „glauben“ und creditum „das auf Treu und Glauben Anvertraute“) zu geben, bedeutet für eine Bank, Vertrauen zu schenken. Vertrauen darauf, dass der Kreditnehmer willens und in der Lage ist, den Kredit fristgerecht zu verzinsen und zurückzuzahlen. Denn die Bereitstellung eines Kredits erfordert eine Vorleistung und den Einsatz eigener Mittel der Bank. Sie setzt hierfür neben Eigenkapital Einlagen der eigenen Kundschaft ein. Etwaige weitergehende Refinanzierungsmittel müssen am Kapitalmarkt beschafft werden.

Bevor eine Bank ihre Kreditentscheidung fällen kann, muss sie die persönliche und materielle Kreditwürdigkeit eines potenziellen Kunden sorgfältig prüfen. Hierzu ist sie



aufsichtsrechtlich (§ 18a KWG) und zivilrechtlich (§§ 505a und 505b BGB) verpflichtet. Eine Bank kann dabei grundsätzlich nicht mit absoluter Sicherheit vorhersagen, ob ein bestimmter Kunde seine Verpflichtungen über die gesamte Kreditlaufzeit vertragsgemäß wird erfüllen können oder nicht. Sie kann jedoch durch die Auswertung relevanter Datenbestände und durch Rückgriff auf eigene Erfahrungswerte und Datenhistorien im Rahmen ihrer Kreditvergabepraxis die Wahrscheinlichkeit für eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung berechnen. Diese Berechnung, die spiegelbildlich die Ausfallwahrscheinlichkeit eines Kredites bei dessen Vergabe zum Ausdruck bringt, geschieht im modernen Kreditvergabeprozess mit Scoring. **Scoring** ist ein **EDV-gestütztes Expertensystem auf mathematisch-statistischer Grundlage** zur **Risikobewertung** und zur **Bonitätsbeurteilung** von Verbrauchern.

Die im Bankenfachverband organisierten Kreditbanken setzen im Rahmen ihrer Kreditprüfungs- und Kreditentscheidungsprozesse regelmäßig ihre eigenen **internen Scoring-Verfahren** ein, welche sie **auf der Grundlage ihrer institutsinternen Datenbestände, Datenhistorien und langjährigen Erfahrungswerte** entwickeln (sog. internes Scoring zu eigenen Geschäftszwecken). Die Kreditbanken verwenden hierbei grundsätzlich bankeigene Kundendaten (Antrags- und Vertragsdaten) und eigene Krediterfahrungen. Das interne Scoring der Kreditinstitute ist **datenschutzrechtlich** durch die DSGVO (Artikel 6 und 22), das BDSG (§ 31) und das KWG (§ 10 Abs. 2 als bereichsspezifische Rechtsgrundlage) abgesichert. Daneben müssen interne Scoring-Verfahren der Banken den einschlägigen **bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben** (z.B. § 25a KWG, Mindestanforderungen an das Risikomanagement der BaFin, Guidelines on loan origination and monitoring der EBA) genügen und unterliegen der Überwachung durch die zuständigen Aufsichtsbehörden. Hierbei ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass insbesondere die BaFin auch für den kollektiven Verbraucherschutz verantwortlich ist (§ 4 Abs. 1a des Gesetzes über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (FinDAG)). Gemäß § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG kann und soll die BaFin alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint. Die BaFin könnte demgemäß auch bei Verstößen gegen das europäische und deutsche Datenschutzrecht einschreiten.

Neben dem internen Scoring ist das so genannte **externe Scoring** – die **automatisierte Berechnung und anschließende Übermittlung von Score-Werten durch spezialisierte Informationsdienstleister der Wirtschaft (z.B. Auskunfteien)** – von Bedeutung. So können ebenfalls externe Score-Werte dritter Anbieter als eine weitere Erkenntnisquelle und als ein weiteres Entscheidungskriterium in den Kreditentscheidungsprozess einfließen und insoweit die eigene Erfahrung und Sachkunde der Bank im Kreditgeschäft flankieren. Datenschutzrechtlich legitimiert ist dies bislang insbesondere über die Vorschrift des § 31 BDSG.



#### 4 Rechtliche Bewertung des EuGH-Generalanwalts im Widerspruch zu Rechts-, Datenschutz- und Vertragspraxis

Die Bewertungen des EuGH-Generalanwalts **widersprechen der langjährigen Rechts-, Datenschutz- und Vertragspraxis**, die im Hinblick auf Artikel 22 Abs. 1 DSGVO und dessen Anwendungsbereich und -umfang **in (datenschutz)rechtlich zulässiger und konsequenter Weise** seit Inkrafttreten der DSGVO **präzise zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen** des Artikels 22 Abs. 1 DSGVO – und zwar der **automatisierten Verarbeitung inklusive Profiling einerseits** und der **Entscheidung andererseits** – differenziert.

Nach dieser etablierten Tatbestandsauslegung stellt eine **automatisierte Verarbeitung von Daten** – beispielsweise eine **automatisierte Ermittlung eines Score-Wertes** durch einen dritten Dienstleister wie eine Auskunftfei – für sich gerade noch **keine Entscheidung** dar. Sie ist vielmehr lediglich eine **in einem mehrstufigen Prüfungs- und Entscheidungsprozess** der zeitlich nachgelagerten letztendlichen **Entscheidung vorausgehende automatisierte Datenverarbeitung**.

Im Hinblick auf **Kreditprüfungs- und Kreditentscheidungsprozesse von Banken** ist ferner zu berücksichtigen, dass es sich bei der **finalen Entscheidung um eine Festlegung auf ein bestimmtes Ergebnis** (z.B. Kreditgewährung oder Kreditablehnung) handelt, welche vor allem **aufgrund aufsichtsrechtlicher und zivilrechtlicher Vorgaben** des europäischen und deutschen Rechts (vgl. beispielsweise § 18a KWG und §§ 505a und 505b BGB in Bezug auf die Kreditwürdigkeitsprüfung sowie die diesbezüglichen EU-Vorgaben in der Verbraucherkreditrichtlinie und in der Wohnimmobilienkreditrichtlinie) **in der Verantwortung der jeweiligen Bank** liegt. Bereits deshalb sind die inhaltlichen Einlassungen des EuGH-Generalanwalts nicht nachvollziehbar, da sie die durch aufsichtsrechtliche und zivilrechtliche Vorschriften begründete **Verfahrens- und Entscheidungshoheit sowie die Verantwortung der Kreditinstitute in einem Kreditentscheidungsprozess** und vor allem in Bezug auf die **Durchführung einer sorgfältigen Bonitätsprüfung** außer Acht lassen.

Wäre – wie vom EuGH-Generalanwalt vorgeschlagen – eine automatisierte Berechnung eines Score-Wertes durch eine Auskunftfei tatsächlich bereits als Entscheidung im Sinne des Artikels 22 Abs. 1 DSGVO zu qualifizieren, würde dies mit Blick auf die **Betroffenenrechte** des Weiteren **zu dem wenig überzeugenden und praktisch nicht umsetzbaren Ergebnis** führen, dass die **Auskunftfei** im Falle einer **Anfechtung der Entscheidung** durch die betroffene Person dazu **berechtigt und kompetent** sein müsste, die **Entscheidung** nicht nur inhaltlich zu **überprüfen**, sondern erforderlichenfalls auch zu **revidieren** (also z.B. Änderung einer Kreditablehnung in eine Kreditzusage). Da **Banken** aufgrund aufsichtsrechtlicher und zivilrechtlicher Regelungen die **Verfahrens- und Entscheidungshoheit in Kreditvergabeprozessen** innehaben und in diesem Zusammenhang darüber befinden (müssen), welche Informationen in welcher Gewichtung in die institutsinterne



Risikoprüfung einfließen und welche Bedeutung externe Score-Werte bei der finalen Kreditentscheidung haben, sind sie als **Entscheidungsträger auch im datenschutzrechtlichen Sinne des Artikels 22 DSGVO** anzusehen, nicht hingegen eine den bloßen Score-Wert zwecks Vorbereitung der Entscheidung zuliefernde Wirtschaftsauskunftei. Eine Auskunftstei könnte die finale Kreditentscheidung einer Bank weder inhaltlich prüfen noch abändern, weil sie die bankinternen Details der Kreditvergabepolitik, der Kreditvergabe-richtlinien sowie des Kreditrisikomanagements nicht kennt, und wäre aus aufsichtsrechtlichen Aspekten hierzu auch nicht berufen und befugt.

Mithin ist die **für das in Rede stehende Vorabentscheidungsverfahren getroffene Prämisse**, dass eine Wirtschaftsauskunftei mit der automatisierten Berechnung und Bereitstellung eines Score-Wertes die institutsinterne Kreditentscheidung determiniere oder sogar selbst treffe, nicht nur kritisch zu hinterfragen, sondern **abzulehnen**. Vielmehr stellt erst die der Berechnung eines Score-Wertes nachgelagerte **finale Kreditbewilligung oder Kreditablehnung seitens der Bank** die tatbestandliche **Entscheidung im Sinne des Artikels 22 Abs. 1 DSGVO** dar.

Vor diesem Hintergrund bleibt zu hoffen, dass der **EuGH eine differenziertere Herangehensweise** bei seiner **Auslegung des Tatbestandes des Artikels 22 Abs. 1 DSGVO** wählt und in seinem Urteil **zwischen** den einzelnen Tatbestandsmerkmalen und Verarbeitungsprozessen – **der automatisierten Verarbeitung einschließlich Profiling einerseits sowie der nachfolgenden Entscheidung andererseits** – **unterscheidet**. Ferner bleibt zu hoffen, dass der EuGH den in Artikel 22 Abs. 1 DSGVO normierten **Ausschließlichkeitszusammenhang zwischen der Entscheidung** und der **automatisierten Verarbeitung** in den Fokus nimmt und sich insoweit stärker am **Wortlaut** und der **Zielsetzung der Norm** orientiert als der Generalanwalt. Denn „ausschließlich“ bedeutet inhaltlich etwas anderes als „maßgeblich“, und Artikel 22 zielt darauf ab, betroffene Personen vor sie belastenden Entscheidungen zu schützen, die ausschließlich von einer Maschine getroffen werden.

Für den Fall, dass der **EuGH** sich **entgegen dem Wortlaut und der Zielsetzung des Artikels 22 Abs. 1 DSGVO** den Schlussanträgen des Generalanwalts zur weiten Interpretation des Begriffes „Entscheidung“ und zur Außerachtlassung des Ausschließlichkeitskriteriums anschließen sollte, **bitten wir den deutschen Gesetzgeber um eine europarechtskonforme nationale Regelung zu externen Scoring-Verfahren (z.B. in § 31 BDSG)**. Sollte sich der deutsche Gesetzgeber zu einer nationalgesetzlichen Regelung außerstande sehen, bitten wir um eine entsprechende Gesetzesinitiative auf europäischer Ebene.

Berlin, 6. September 2023

Bankenfachverband e.V.