

jedes in einem automatisierten Verfahren unmittelbar ins Internet gestellte Angebot darauf zu überprüfen, ob Rechte Dritter verletzt werden. Welche Anforderungen etwa an eine automatische oder manuelle Prüfung technisch und praktisch umzusetzen sind, bleibt nach wie vor unklar. Insofern bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Auch datenschutzrechtlich ist es nicht möglich, eine derartige Plattform im Internet anzubieten und die Verantwortung komplett auf den Einmelder der Daten zu delegieren¹⁰. Der Betreiber der Internetseiten bleibt zwingend verantwortliche Stelle. Aus diesem Grunde muss er gem.

- § 33 BDSG den Betroffenen nach der erstmaligen Übermittlung seiner Daten benachrichtigen
- § 34 BDSG Auskunft an den Betroffenen erteilen
- § 35 BDSG Berichtigung, Löschung und Sperrung der Daten vornehmen.

Mangels Registrierung der Nutzer ist die Sicherstellung dieser gesetzlichen Verpflichtungen unmöglich. Insofern

wäre auch aus diesen Gründen die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten auf einen geschlossenen Kreis von Benutzern erforderlich. Unabhängig davon bleiben jedoch weiterhin die vorstehend genannten datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit der Erhebung, Speicherung und Übermittlung der Daten nach § 29 BDSG bestehen.

Zuletzt bedürfte die Betreibung einer entsprechenden Internetseite gem. § 4d V Nr. 2 BDSG infolge der vorgenommenen Bewertung der Vorabkontrolle, deren erfolgreiche Durchführung angesichts der bestehenden datenschutzrechtlichen Bedenken zumindest zweifelhaft erscheint. Ob und wie eine rechtlich einwandfreie Form gefunden werden kann, sollte überdacht werden. In seiner jetzigen Ausgestaltung verstößt das Bewertungsforum „meinprof.de“ gegen grundlegende datenschutzrechtliche Vorgaben.

10 Vgl. Hessischer DSB, 30. Tätigkeitsbericht, 8.1.

Prof. Dr. Ralf B. Abel, Schleswig/Schmalkaden*

Rechtsfragen von Scoring und Rating

Die Wissenschaft hat mathematisch-statistische Modelle entwickelt, die es ermöglichen, aggregierte Daten so aufzubereiten, dass daraus treffsichere und trennscharfe Rückschlüsse auf das Verhalten von Personen und Personengruppen gezogen werden können. Diese als Rating oder Scoring bezeichneten Systeme finden Verwendung im Marketing sowie bei Risikobewertung im Allgemeinen und Bonitätsbeurteilung im Besonderen. Daten- und Verbraucherschützer warnen vor einer möglichen Beeinträchtigung von Verbraucher- und Persönlichkeitsrechten der Konsumenten. Der nachfolgende Aufsatz befasst sich mit den fachlichen Hintergründen, setzt sich mit der Kritik auseinander und versucht Lösungswege aufzuzeigen.

Seit Beginn der 90er Jahre setzen sich auch in Deutschland Expertensysteme durch, die auf mathematisch-statistischer Grundlage die Beurteilung komplexer Sachverhalte anhand einer Kennzahlenbildung ermöglichen. Die Rede ist vom so genannten Scoring und Rating. Die mit diesen Begriffen landläufig bezeichneten Verfahren sind in die Kritik geraten. Hohmann-Dennhardt bringt die Befürchtungen, die sich mit Scoring und Rating verbinden, fast elegisch auf einen Punkt: „Denn die Herrscher über seine Daten [gemeint ist der Verbraucher, d. Verf.] taxieren ihn genau und fällen das Schwert darüber, ob er wegen unbezahlter Rechnungen nirgendwo mehr ein Konto eröffnen kann oder ob er wegen seines Alters oder seiner gesundheitlichen Disposition keinen Versicherungsschutz mehr erhält oder ob ihm wegen seines Wohnorts oder seines Namens Waren und Kredite versagt bleiben¹.“ Die Frage nach der persönlichkeitsrechtlichen Unschuld von Scoring und Rating hat mittlerweile auch den politischen Raum erreicht. Im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz erstellte die Behörde „Unabhängiges Landeszentrum für den Datenschutz Schleswig-Holstein“ eine Studie über das Kredit-Scoring². Auch der Deutsche Bundestag befasst sich mit dem Thema³.

Begriffe

Für die Begriffe Scoring und Rating gibt es keine allgemeingültige, feststehende Definition. Sie werden vorwiegend gebraucht für die Anwendung von Expertensystemen, die in den 50er Jahren erstmals von den US-Amerikanern Fair und Isaac entwickelt wurden und eine bewertende Klassifizierung komplexer Sachverhalte auf mathematisch-statistischer Grundlage durch die Bildung von Kennzahlen ermöglichen⁴. So soll über eine festgelegte Skala eine ‘Meinung’ ausgedrückt werden, beispielsweise im kreditorischen Bereich über die Fähigkeit einer Person, alle Zahlungsverpflichtungen vollständig und rechtzeitig zu erfüllen⁵. Scoring ist ein Prognoseinstrument. Es soll aufgrund einer mathematisch-statistischen Analyse bisheriger Erfahrungen das wahrscheinliche Verhalten von Personen und/ oder Gruppen vor-

* Der Verfasser lehrt Öffentliches Recht, Informations- und Datenschutzrecht am FB Wirtschaftsrecht der FH Schmalkalden, ist bDSB seiner Hochschule und Verbandsbeauftragter für den Datenschutz beim Bundesverband der Deutschen Inkasso-Unternehmen, ferner Sprecher des Präsidiums der GDD-Datenschutz-Akademie.

1 Hohmann-Dennhardt, NJW 2006, 545 (549).

2 ULD SH, Forschungsprojekt „Scoringssysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, Chancen und Risiken für Verbraucher“, Kiel 2006, veröffentlicht im Internet beim BMELV unter http://www.bmelv.de/cln_045/nm_752314/SharedDocs/downloads/02-Verbraucherschutz/Finanzdienstleistungen/scoring.html (7.4.2006), im Folgenden: Studie ULD.

3 Kleine Anfrage der FDP-Fraktion vom 08.02.2006, BT-Dr. 16/596; Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 15.02.2006, BT-Dr. 16/683; Antwort der BReg. vom 7.3.2006, BT-Dr. 16/866.

4 Hoffmann, Bonitätsbeurteilung durch Credit Rating, Berlin 1991, S. 16 f. spricht von einer „bewertenden Klassifizierung eines Schuldners entsprechend seiner Bonität und damit Kreditwürdigkeit“; ebenso Braunsfeld/Richter, CR 1996, 775.

5 Everling, Kreditpraxis 5/1991, 19; Braunsfeld/Richter, CR 1996, 775.

hersagen⁶ und beruht auf der Prämisse, dass bei Vorliegen bestimmter vergleichbarer Merkmale anderer Personen ein ähnliches Verhalten vorausgesagt werden kann⁷. Im betriebswirtschaftlichen Schrifttum gilt Scoring/ Rating als ein standardisiertes, objektives, aktuelles, nachvollziehbares und skaliertes Krediturteil über die Bonität bzw. wirtschaftliche Lage einer Privatperson/eines Unternehmen, wobei Scoring die Bonitätsbeurteilung natürlicher Personen und Rating die Beurteilung wirtschaftlicher Einheiten bezeichnen soll⁸. Für die vergleichende Bewertung und Klassifizierung nicht wirtschaftlicher Organisationen hat sich hingegen der Begriff Ranking eingebürgert. Er meint in der Sache nichts anderes⁹.

In der Praxis haben sich unterschiedliche Gattungsbezeichnungen für Scoring-Systeme herausgebildet. Von internem Scoring wird gesprochen, wenn ein Unternehmen, z. B. ein Kreditinstitut, auf Grundlage der eigenen Datenbestände selbst oder gemeinsam mit einem spezialisierten Dienstleister individuelle sog. Scorecards entwickelt, wobei es gegebenenfalls auch auf mikrogeographische und sonstige soziodemographische Daten zurückgreifen kann, die am Markt erhältlich sind. Externes Scoring wird angeboten von darauf spezialisierten Unternehmen, die entweder allgemeinstandardisierte oder branchenspezifische Scoring-Systeme verwenden¹⁰. Verbreitet sind Mischformen, bei denen unternehmenseigene Daten mit fremden Datenbeständen oder Scores angereichert werden oder bei denen neben Berechnungen über eigene Kunden auch Berechnungen für andere Unternehmen vorgenommen werden¹¹.

Werbe-Scoring soll u. a. die Ansprache des "richtigen" d. h. voraussichtlich an dem Produkt tatsächlich interessierten Verbrauchers verbessern. Es kann aber auch dazu dienen, den Einsatz kostenteurer Werbemittel auf die Zielgruppe zu beschränken, die statistisch am ehesten dafür ansprechbar ist. Vertrags-Scoring dient der Voraussage von Vertragsverstößen oder Zahlungsmängeln, ferner kann Scoring in Bezug auf bestimmte Vertragsstadien eingesetzt werden, um Abschlusswahrscheinlichkeit, voraussichtliche Dauer, erwartete Leistungsstörungen oder Inkassoverhalten zu prognostizieren. Credit-Scoring bezeichnet ein Verfahren bei der Entscheidung über Annahme oder Ablehnung eines Kreditantrags. Daneben gibt es weitere Bezeichnungen¹².

Diese Vielfalt der Begriffe entspricht der Breite der in der Praxis inzwischen gängigen Anwendungen. Gemeinsames Merkmal aller Scoring-Systeme ist der Versuch, zur Optimierung an die Stelle persönlich vorhandenen Erfahrungswissens und individuell verteilter Beurteilungskompetenz einheitliche, wissenschaftlich begründete und standardisierte Entscheidungsparameter zu entwickeln. Wo bisher, beispielsweise im Kreditbereich, unterschiedliche Sachbearbeiter nach ihrem höchstpersönlichen subjektiven Eindruck, d. h. nach ihren jeweiligen Vorlieben und Abneigungen entschieden haben, sollen nun einheitlich-objektivierbare Kriterien in Form von Scores zu einer einheitlichen Kreditvergabe führen.

Funktionsweise

Für die Prognose des Kundenverhaltens werden aus den historischen Kundenbeziehungen die Zusammenhänge zwischen bestimmten quantifizierbaren Merkmalen und späterem Kundenverhalten herausdestilliert und zur Beurteilung von Kunden mit gleichen Merkmalen herangezogen. Hierfür werden die Merkmale je nach statistisch-wahrscheinlicher Auswirkung auf das spätere Kundenverhalten mit einem bestimmten Wert gewichtet. Die Summe der Werte ergibt dann den so genannten Score, der die Klassifizierung in ein-

zelne Gruppen ermöglicht. Die Zuordnung zu einer solchen Gruppe drückt eine Wahrscheinlichkeit aus, mit der eine Person z. B. ein Produkt kauft, ein dauerhafter Kunde wird, sofort oder erst im Mahnfall bezahlt oder keinen Zahlungswilligen zeigen wird.

Grundlage des Verfahrens ist die Entwicklung spezifischer Wertungslisten so genannter „Scorecards“, die unter Einsatz anerkannter statistischer Verfahren wie z. B. Varianzanalysen, Korrelationsanalysen, Clusteranalysen und vor allem Diskriminanzanalysen ermittelt und optimiert werden¹³. Die Anwendung der scorecards erfordert die Bettung eines oder mehrerer Cut-Ofs. Nicht nur im Finanzbereich ist damit das gerade noch akzeptable Grenzkrisiko gemeint, bei dem sich die Verluste und Kosten aus den schlechten Geschäften mit den Erträgen der guten Kunden mindestens die Waage halten¹⁴. Betriebswirtschaftlich werden daher im Kreditsektor Scores nicht nur eindimensional zur Begründung eines Bonitäts- und darauf basierenden Krediturteils herangezogen. Sie dienen auch und nicht zuletzt zur Risikobewertung von Portfolios, wobei eine zuverlässige Risikoeinschätzung Voraussetzung dafür ist, einen wirtschaftlich vertretbaren Risikomix zuzulassen, der es auch erlaubt, beim Vorliegen einer entsprechenden Anzahl statistisch profitabler Engagements eine entsprechende Anzahl statistisch höherer Risiken einzugehen¹⁵.

Anders stellt sich die Situation im Versicherungsbereich dar. Hier dienen Scores neben der Optimierung der Werbeanzeige auch der Risikoeinschätzung und der Einschätzung der Vertragstreue. Neueren Untersuchungen zufolge soll sich mittels Scoring beispielsweise die Stornoneigung trennscharf prognostizieren lassen¹⁶.

Rechtliche Zulässigkeit

Die Datenschutz-Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder haben sich seit 1989 mehrere Male anlassbezogen mit dem Thema Scoring befasst und, ohne Scoring und Rating insgesamt in Frage zu stellen, Empfehlungen zu bestimmten

- 6 Vgl. Weichert, DuD 2005, 582; Krämer, Evaluating probability forecasts in terms of refinement and strictly proper scoring rules, Universität Dortmund, Fachbereich Statistik, 2005, unveröff.; Hartmann in: Link u. a. Handbuch Database Marketing, Ettligen 1997, S. 192 ff.; Braunsfeld/Richter, Bonitätsbeurteilung mittels DV-gestützter Verfahren, CR 1996, 775; Koch, Scoring-Systeme in der Kreditwirtschaft, MMR 1998, 458; Füser, Intelligentes Scoring und Rating, Wiesbaden 2001, S. 33, 37.
- 7 Urbatsch in: LDI NRW (Hrsg.), Living by Numbers, Düsseldorf 2005, S. 69; BfD, 20.TB (2004), S. 130.
- 8 Vgl. Füser, Intelligentes Scoring und Rating, Wiesbaden 2001, S. 37.
- 9 Z. B. für den Vergleich von Hochschulen.
- 10 Zur Entwicklung von Scorecards Urbatsch, in: LDI NRW (HRSG.) Living by Numbers, 2005, S. 78
- 11 Beckhusen, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssysteme der Schufa, Baden-Baden 2004, S. 226.
- 12 Vgl. Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD), Scoring-Systeme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, Kiel 2006, S. 10 ff. m.w.N.
- 13 Näheres bei Urbatsch in: LDI NRW, Living by Numbers, 2005, S. 78 f.; Dittombee, ebd., S. 86; Füser, Intelligentes Scoring und Rating, Wiesbaden 2001, S. 39 ff. und passim; Krämer, Evaluating probability forecasts in terms of refinement and strictly proper scoring rules, Universität Dortmund, Fachbereich Statistik, 2005, unveröff.; Hartmann in: Link u. a. (Hrsg.), Handbuch Database Marketing, Ettligen 1997, S. 192 ff.
- 14 Urbatsch in: LDI NRW, Living by Numbers, 2005, S. 78 f.
- 15 Vgl. hier Urbatsch in: LDI NRW, Living by Numbers, 2005, S. 78 (82).
- 16 Vgl. Ullmann, Versicherungswirtschaft 2003, S. 1270.

Randbedingungen dieser Verfahren beschlossen¹⁷. Das ULD Schleswig-Holstein hingegen hält das Scoring generell nicht für rechtmäßig, sofern der Betroffene zuvor nicht eingewilligt habe¹⁸. Petri¹⁹ und Weichert²⁰ vertreten in mehreren Beiträgen die Auffassung, dass Scoring, insbesondere als Kredit-Scoring durch die Schufa, grundsätzlich nur mit Einwilligung gestattet sei, die Verfahren dem Verbot automatisierter Einzelentscheidungen gem. § 6 a BDSG unterlägen und von Score-Werten keine diskriminierende Wirkung ausgehen dürfe. Mackenthun²¹ hält zwar das Erfordernis einer Einwilligung bei Score- bzw. Datenübermittlungen im Konzernverbund wegen des Bankgeheimnisses teilweise für gerechtfertigt, Scoring im Übrigen jedoch für zulässig. Ablehnend äußern sich Möller/Florax²² und Iraschko-Luscher²³. Andere Stimmen, die dem Schufa-Verfahren nach früherem Recht kritisch gegenüberstehen, haben sich mit der Einführung des § 6 a in das BDSG 2001 erübrigt²⁴. Demgegenüber vertreten Kamlah²⁵, Koch²⁶, Wuermeling²⁷ und Wolber²⁸ mit Nachdruck die verfassungs- und datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Scoring-Verfahren im Allgemeinen und der Schufa-Verfahren im Besonderen. Das ULD Schleswig-Holstein stellt zutreffend fest: Nichts ist hier unstrittig²⁹.

Rechtslage

Die Anwendung und Nutzung von Scoring- und Rating-Verfahren unterliegt, soweit es sich dabei um personenbezogene Daten handelt, dem Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 BDSG. Hiernach bedarf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten entweder der Einwilligung des Betroffenen oder einer gesetzlichen Erlaubnis oder Verpflichtung. Damit und bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Erlaubnistatbestände trägt der Gesetzgeber einerseits dem Verfassungsgebot zur Wahrung des informationellen Selbstbestimmungsrechtes des Betroffenen Rechnung, wie es im Volkszählungs-Urteil des BVerfG³⁰ umschrieben ist. Zum anderen müssen die einschlägigen Bestimmungen aber auch die zu Gunsten der Datenverarbeiter bestehenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen berücksichtigen, vor allem die allgemeine Handlungs- und Vertragsfreiheit sowie die Grundrechte der Meinungs-, Meinungsbildungs- und Informationsfreiheit³¹.

KWG und MaK

De lege lata sind Scoring und Rating bereichsspezifisch nicht ausdrücklich geregelt. Allerdings verlangen § 25 a KWG für Banken und § 91 Abs. 2 AktG für Aktiengesellschaften ein effektives Risikomanagement. Die Anwendung von Scoring- und Rating-Systemen gehört anerkanntermaßen zu den besonders wirksamen Instrumenten einer Risikokontrolle³². Dies wird unterstrichen durch die derzeit geltenden „Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute“ (MaK) der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)³³. Rating-Verfahren und Scoring-Verfahren waren gem. Rz.16 MaK zum 30.06.2004 als Risikoklassifizierungsverfahren zur Beurteilung des Adressausfallrisikos und des Objekt- oder Projektrisikos einzuführen. Damit besteht eine durch die Aufsichtsbehörde konkretisierte gesetzliche Verpflichtung der Kreditinstitute, die gem. § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG dessen Vorschriften vorgehen³⁴. Die zukünftige Fassung des § 10 KWG wird voraussichtlich nähere Bestimmungen über Rating und Scoring enthalten³⁵. Dessen endgültige Fassung wird abzuwarten sein. Man kann jedoch davon ausgehen, dass die neu gefasste Bestimmung dann als bereichsspezifische Rechts-

grundlage mit Vorrang gegenüber dem BDSG Anwendung findet.

BDSG

Personenbezug

Im Übrigen gelten, lässt man hier einmal die Bestimmung des § 91 Abs. 2 AktG außer Betracht, die Vorschriften des BDSG. Ihre Anwendbarkeit beschränkt sich auf personenbezogene Daten (§ 1 Abs. 2 BDSG). Darunter fallen nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 BDSG alle Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Auf die Art oder Inhalte solcher Angaben kommt es nicht an. Wird, wie beim Scoring oder Rating, ein Gruppenergebnis einer einzelnen Person zugerechnet, handelt es sich damit um ein personenbezogenes Datum³⁶. Dieser Befund gilt ab dem Augenblick, in dem ein Gruppenmerkmal einer natürlichen Person zuge-

-
- 17 Dazu im Einzelnen Studie ULD, Scoring-Systeme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, Kiel 2006, S. 59-64; Vgl. u. a. den Jahresbericht des Berliner Datenschutzbeauftragten 1997, Tz. 4.6.1, in dem ein „Scoring-Verbot“ für sensible Daten angeregt wird; Bundesbeauftragter für den Datenschutz, Datenschutz von A-Z zum Stichwort Schufa, 2003 (www.bfdi.bund.de/dsvonaz/s3.html); Niedersächsischer DSB, Leitlinien zum Scoring.
- 18 ULD SH, Tätigkeitsbericht 2001, S. 84; TB 2006, S. 119.
- 19 Petri, Das Scoring-Verfahren der Schufa, DuD 2001, S. 290 f.
- 20 Weichert, Datenschutzrechtliche Probleme beim Adressenhandel, WRP 1996, S. 522 (527); ders., Datenschutzrechtliche Anforderungen an Verbraucher-Kredit-Scoring, DuD 2005, S. 582.
- 21 Mackenthun, WM 2004, 1713.
- 22 Möller/Florax, Kreditwirtschaftliches Scoring-Verfahren, MMR 2002, S. 806; dies., Datenschutzrechtliche Unbedenklichkeit des Scoring von Kreditrisiken?, NJW 2003, 2724.
- 23 Iraschko-Luscher, Der „gläserne“ Schuldner, DuD 2005, S. 467.
- 24 Klopfer/Kutzschbach, MMR 1998, 655 ff.
- 25 Kamlah, Das Schufa-Verfahren und seine datenschutzrechtliche Zulässigkeit, MMR 1999, 395; ders., ZVI 2004, S. 9.
- 26 Koch, Scoring-Systeme in der Kreditwirtschaft, MMR 1998, 458.
- 27 Wuermeling, Scoring von Kreditrisiken, NJW 2002, 3508; ders. in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 98.
- 28 Wolber, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit automatisierter Kreditentscheidungen, CR 2003, S. 623.
- 29 ULD SH, TB 2006, S. 118.
- 30 BVerfGE 65, 1 (41 ff).
- 31 Dazu im Einzelnen Schuler-Harms in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 5 (15).
- 32 Urbatsch in: LDI NRW, Living by Numbers, Düsseldorf 2005, S. 68, (81 f.); Mackenthun, WM 2004, 1714.
- 33 Rundschreiben Nr. 34/2002 vom 20.12.2002.
- 34 Ebenso Mackenthun, WM 2004, 1714; Gola/Schomerus, BDSG, § 1 Rn. 23 unterstreichen den Belang von Verwaltungsvorschriften zur Interpretation vorrangiger Normen; gleicherweise Simitis-Walz, BDSG, § 1 Rn. 167; a.A. Petri in: LDI NW (2005), S. 113; ders., DuD 2003, 633.
- 35 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der neugefassten Bankenrichtlinie und der neugefassten Kapitaladäquanzrichtlinie vom 24.02.06, BR-Dr. 153/06, Ziffer 12. § 10 Abs. 1 KWG soll neu eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für die den Scoring-Verfahren zugrunde liegende Datenverarbeitung als auch eine Verordnungsermächtigung zum Erlass einer SolvabilitätsVO enthalten.
- 36 H.M., Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn. 3; Simitis-Dammann, Rn. 16, 19; Koch, MMR 1998, 458; Petri, DuD 2001, 290, Klopfer/Kutzschbach, MMR 1998, 657; BAG RDV 1986, 138 und 1995, 29; AG Hamburg, U. v. 27.06.2001- 9 C 168/01; Möller/Florax, NJW 2003, S. 2724; a. A. Kamlah, ZIP 2004, 9 (10); Wuermeling, NJW 2002, 3508.

ordnet wird. Es kann sich dabei um einzelne Merkmale handeln („X ist Student“, oder: „Y ist Bürger der USA“), aber ebenso um Werturteile, um mikrogeographische Angaben („X wohnt in einer billigen/teuren Gegend“) oder eben um Score- und Ratingwerte. Solange freilich isolierte Score- oder Ratingwerte sowie sonstige auf Gruppen bezogene Daten wie z. B. mikrogeographische Daten³⁷ keinen Personenbezug aufweisen, unterfallen sie dem BDSG nicht. Das gilt auch für den Vorgang der Entwicklung von Scorekarten und deren mathematisch-statistischen Voraussetzungen. Zwar mögen die Grundlagen zunächst personenbezogene Daten gewesen sein. Der Score-Entwickler benötigt jedoch, folgt man den einschlägigen Veröffentlichungen, von Anfang an keinen Personenbezug, so dass die der Scoreerstellung dienenden Daten anonymisiert zur Verfügung gestellt werden können. Bei der Anwendung mathematisch-statistischer Modelle kommt es durch die Aggregation zu einer weiteren Anonymisierung. Die ihres Personenbezuges entkleideten Einzeldaten lassen sich bei und nach Durchführung der mathematischen Verfahren nicht mehr zurückverfolgen³⁸. Bei diesem Sachverhalt unterliegen die Herstellung von Scorekarten und/oder die Bildung von Scorewerten nicht den Bestimmungen des BDSG³⁹. Es handelt sich vielmehr um eine wissenschaftsbasierte Analyse vorhandenen Wissens im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG sowie der Wissenschafts-, Wissens- und Informationsfreiheit des Art. 5 GG, die ihrem Wesen nach auch für Wirtschaftsunternehmen gelten⁴⁰. Demzufolge kann sich auch nicht die Frage stellen, welche Bestimmung des BDSG als Rechtsgrundlage für die Ermittlung von Scoring-Werten herangezogen werden dürfte oder könnte⁴¹.

Sollte es sich so verhalten, dass der Auftraggeber dem externen Dienstleister für die Entwicklung von Scoring-/Ratingssystemen zunächst personenbezogene Daten übermittelt, kann es sich dabei um ein Auftragsverhältnis im Sinne des § 11 BDSG handeln. Dies wird bei der Inanspruchnahme einer intern nicht vorhandenen Expertise der Fall sein und setzt nicht nur voraus, dass der Auftragnehmer sorgfältig ausgewählt wird, sondern auch, dass er den strikten Weisungen und der strikten Kontrolle des Auftraggebers unterliegt. Eine Fremdnutzung der gewonnenen Ergebnisse durch den Auftragnehmer kommt dabei grundsätzlich nicht in Betracht, was vor allem im Konzernverbund zu Restriktionen führt⁴². Liegt hingegen kein Auftragsverhältnis vor, kommt § 30 BDSG zur Anwendung. Diese Bestimmung zwingt das Scoring-Unternehmen einerseits zur Einhaltung technischer Schutzvoraussetzungen wie einer konsequenten File-Trennung. Darüber hinaus soll sich nach einer Lesart die Verarbeitungserlaubnis auf Fälle der Einwilligung beschränken⁴³, während andere die Übermittlung von – noch – personenbezogenen Daten an Markt- und Meinungsforschungsunternehmen nach § 28 Abs. 3 BDSG und deren Weiterverarbeitung im Rahmen des § 30 BDSG auch ohne Einwilligung für zulässig halten⁴⁴. Diese Frage bleibt eher akademischer Natur, wenn es zutrifft, dass die Scoring-Unternehmen für ihre mathematischen Analyseverfahren von vornherein keine personenbezogenen Daten benötigen. Daher beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen nicht auf die Erstellung von Scorekarten und die Anwendung mathematischer Algorithmen zur Bildung von Scorewerten, sondern auf die Scoring-Anwendungen, bei denen Gruppenmerkmale natürlichen Personen zugeordnet und daraus Schlussfolgerungen gezogen werden.

Internes Scoring, bei dem beispielsweise vorhandene Kundenbestände nach unterschiedlichen Gesichtspunkten aufgeteilt werden, wird allgemein für zulässig angesehen. Das Unternehmen kann dabei regelmäßig auf § 28 Abs. 1 S.

1 Nr. 2 BDSG zurückgreifen. Es hat ein berechtigtes Interesse an der Entwicklung von Prognosen auf Grund der eigenen Vertragserfahrungen, ohne dass ein entgegen stehendes schutzwürdiges Betroffeneninteresse erkennbar ist⁴⁵. Fraglich ist die Rechtmäßigkeit des externen Scorings. Dabei ist wieder zu unterscheiden: Beauftragt ein Unternehmen mangels eigener Sachkompetenz einen Spezialisten mit der Analyse der Datenbestände mit der Erstellung von Scorekarten und der Durchführung des Scoring, liegt darin, wie schon oben erörtert, eine klassische Auftragsverarbeitung im Sinne von § 11 BDSG. Es handelt sich um eine bloße Hilfstätigkeit im Bereich der Datenverarbeitung, die im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erfolgt. Jeder Mathematiker, der denselben Datenbestand mit denselben wissenschaftlichen Methoden analysiert, aggregiert und in ein System von Kennzahlen umformt, wird zum selben Ergebnis kommen. Dabei kann sich der Auftraggeber wie beim internen Scoring auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG stützen und hat lediglich die Anforderung des § 11 BDSG in Bezug auf Auswahl, Vertragsbindung und Kontrolle des Auftragnehmers einzuhalten. Dies gilt immer dann, wenn spezielle Scorekarten bzw. Scores für konkrete Auftraggeber entwickelt und angewendet werden.

Verwendet das Scoring-Unternehmen hingegen Standardprodukte sog. „Bureau-Scores“, so kommt § 29 BDSG zur Anwendung. Werden nämlich vom anfragenden Unternehmen personenbezogene Datenbestände eingeliefert und gesortiert, d. h. Scorewerte für die jeweiligen Personen errechnet, deren Daten beigefügt und an den Anfrager zurückübermittelt, handelt es sich im Wesen um nichts anderes als um eine Auskunftstätigkeit. Gem. § 29 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a BDSG ist die Übermittlung zulässig, wenn der Empfänger der Daten ein berechtigtes Interesse an deren Kenntnis glaubhaft dargelegt hat und kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat. Berechtigtes Interesse ist jedes vernünftige und damit auch wirtschaftliche Interesse; im Übrigen ist ein berechtigtes Interesse am Einsatz von Scores für Marketing- und Risikobewertungszwecke anerkannt. Es bleibt die Frage nach schutzwürdigen Ausschlussinteressen des Betroffenen. Bei einem ordnungsgemäßen, d. h. auf wissenschaftlich anerkannten Standards beruhenden Score sind Ausschlussinteressen grundsätzlich nicht zu erkennen. Das wäre nur dann der Fall, wenn das Scoring-Unternehmen zuliebe oder davon ausgehen müsste, dass der Score-Wert vom Empfänger in rechtswidriger Weise verwendet würde. Für Score-Werte gilt nicht anderes als für

37 Vgl. dazu Mietzner, in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 38.

38 Urbatsch in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 68 (74 ff.); Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rz. 43 f.; Dittombe, Credit-Scoring in der Praxis, in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 86 (91 ff.).

39 Wuermeling, NJW 2002, 3508 (3509); Kamlah, ZVI 2004, S. 9 (10); Wolber, CR 2003, 623 (625).

40 Aus diesem Grunde ist die im Regierungsentwurf zu § 10 Abs. 1 S. 3, 2. HS KWG vorgesehene Einschränkung der nutzbaren Basisdaten u. a. um die Staatsangehörigkeit verfassungsrechtlich äußerst bedenklich.

41 So beispielsweise Studie ULD (2006), S. 68 ff.

42 Dazu näher Mackenthun, WM 2004, S. 1713.

43 Gola/Schomerus, BDSG, § 30 Rn. 4;

44 Simitis-Walz, BDSG, § 30 Rn. 27.

45 Kamlah, MMR 1999, 401; Wuermeling in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 98 (102); IM Baden-Württemberg, Erster TB (2001), S. 67; Studie ULD (2006), S. 68.

jede andere Wirtschaftsauskunft auch⁴⁶. Soweit im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, dass ein schutzwürdiges Ausschlussinteresse des Betroffenen generell überwiege, fehlt dieser Ansicht die stichhaltige Begründung⁴⁷. Schutzwürdige Ausschlussinteressen des Betroffenen müssen zum einen vorhanden sein und zum anderen überwiegen. Die Befürchtung, es seien stets „Restfehler“ vorhanden⁴⁸, erscheint diffus, dem Wesen des Scores als einer bloß statistischen Wahrscheinlichkeit nicht angemessen und steht im Widerspruch zu den Publikationen der Anwender. Danach würden Scores eingesetzt, um Kredite trotz eines an sich bestehenden Risikos⁴⁹ oder bei fehlendem Wissen über den Kunden im Rahmen des Responsible Lending vergeben zu können, so dass sich Scoring in der überwiegenden Zahl der Fälle zu Gunsten des Betroffenen auswirke. Lügen z. B. harte Negativmerkmale vor wie die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis, scheidet eine Kreditvergabe aus und in diesen Fällen werde weder von der Schufa noch anderen Anbietern ein Score erstellt⁵⁰. Eine Entscheidung allein auf Basis von Scorewerten scheidet nicht nur rechtlich, sondern ebenfalls aus wirtschaftlichen Überlegungen aus. Scorewerte seien daher nur dazu bestimmt, eine sonst bestehende Unsicherheit oder Unkenntnis über den Betroffenen um ein mathematisch-statistisches Mehr an Informationen anzureichern^{50a}. Bei derartigen Sachverhalten führt die Übermittlung lege artis ermittelter Scores mit Personenbezug nicht zu einer Belastung des Betroffenen und ist damit datenschutzrechtlich gestattet.

Verwendung externer Scores beim Empfänger

Unabhängig von der rechtlichen Gestattung der Herstellung und Übermittlung externer Scores stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit ihrer Verwendung beim Empfänger. Verwendet dieser einen Score-Wert manuell als eine Erkenntnisquelle wie andere auch, ist dies rechtlich gestattet, denn datenschutzrechtlich ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber sonstigen Informationsarten. Grenzen könnten, wie auch sonst, nur bei unerlaubt diskriminierenden oder bei Vorliegen sozialpolitischer Gesichtspunkte gezogen werden⁵¹.

Zulässigkeit nach § 6a BDSG

Als problematisch wird die Verwendung von Scores für standardisierte Entscheidungen im Massenverfahren empfunden⁵². Datenschutzrechtlich wird dieser Topos im Schrifttum zumeist unter dem Gesichtspunkt des § 6a BDSG abgehandelt, der automatisierte Einzelentscheidungen mit rechtlichen Folgen oder erheblichen Beeinträchtigungen für den Betroffenen nur unter engen Voraussetzungen zulässt. Diese Bestimmung umfasst nach ihrem Wortlaut auch Scores, wie sich im Übrigen aus der Gesetzesbegründung ergibt⁵³. Weiteres gesetzliches Tatbestandsmerkmal ist der Umstand, dass Entscheidungen zum Nachteil des Betroffenen nicht ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt werden dürfen, die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dienen. Die Anreicherung eines Datensatzes um einen Score fällt fraglos unter diesen Begriff⁵⁴.

Zunächst lässt § 6a BDSG eine automatisierte Einzelentscheidung, auch mit Hilfe von Scoring, immer dann zu, wenn die Entscheidung einem Antrag des Betroffenen entspricht (§ 6a Abs. 2 Nr. 1 BDSG). Dieses Merkmal deckt, folgt man den Publikationen der Anbieter, einen erheblichen

Teil der gängigen Scoring-Verfahren ab. Scores werden danach in vielen, möglicherweise sogar in der Mehrzahl der Fälle nur dann eingesetzt, wenn keine Negativinformationen über den Betroffenen vorliegen. Da so genannte Positivdaten nach einer wohl immer noch herrschenden Meinung bei Aufsichtsbehörden und im Schrifttum ohne Einwilligung des Betroffenen nicht beauskunftet werden dürfen⁵⁵, haben die kreditgewährenden Unternehmen bei Fehlen harter Negativmerkmale vielfach wenige oder überhaupt keine Informationen über den Antragsteller. Dabei kann es sich um jede Form des Kredits handeln, sei es ein Bankdarlehen, sei es die Freischaltung eines Telefonanschlusses, die vorläufige Deckungszusage für eine Kfz-Versicherung, die Überlassung eines Mietgegenstandes oder die Lieferung auf offene Rechnung. Dort, wo der Unternehmer über keine negative und generell über wenig Information verfügt, kann ein Score diesseits einer Cut-Off-Grenze die Entscheidung zugunsten des Betroffenen erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen⁵⁶.

§ 6a BDSG ist deshalb nur bedeutsam für die übrigen Fälle⁵⁷. Hierbei muss zwischen zwei Sachverhaltsvarianten entschieden werden. Wird der Score lediglich als ein Merkmal neben anderen hinzugezogen, fehlt es am Merkmal „ausschließlich“ mit der Folge, dass kein Fall des § 6a BDSG vorliegt⁵⁸. Sobald das automatisiert erzeugte Ergebnis von einem zuständigen Entscheidungsträger verantwortet wird, d. h. zur Kenntnis genommen, geprüft und bestätigt wird, greift das Verbot der automatisierten Entscheidung

46 Dazu im Einzelnen: Gola/Schomerus, BDSG, § 29 Rn. 20 ff.; ebenso Wuermeling, NJW 2002, S. 3508.

47 In der Studie des ULD (2006), S. 69, wird diese Ansicht in Form einer Vermutung in einer sehr vorsichtigen Formulierung („dürften die schutzwürdigen Betroffeneninteressen... überwiegen“) ausgedrückt und nicht weiter begründet.

48 So Möller/Florax, NJW 2003, S. 2724 (2726).

49 Vgl. Urbatsch, in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 68 (79).

50 Wuermeling in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 98 (101/102); Kamlah, NJW 2003, XIV.

50a So die Äußerungen von Anbieterseite beim Workshop des ULD am 14.10.2005 in Hamburg.

51 Beispielsweise im Versicherungsbereich im Hinblick auf Zugang zu und Bepreisung von bestimmten Risiken. Dies sind freilich nicht Fragen des Datenschutzrechts, sondern des Antidiskriminierungsrechts oder des VVG und deshalb im vorliegenden Zusammenhang nicht zu erörtern.

52 Vgl. nur den Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 15.02.2006, Bt.-Dr. 16/683, der bei allen Fraktionen auf positive Resonanz gestoßen ist; Schuler-Harms in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 5 (12); Petri DuD 2003, S. 631 (632).

53 BT-Drs. 14/4329, S. 37; a.A. Wolber, CR 2003, 623 (625).

54 Das übersieht Wuermeling, wenn er zwischen Ermittlung und Übermittlung des Score und Kreditentscheidung beim Empfänger differenzieren will, Wuermeling in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 98 (107 f.).

55 Petri, DuD 2001, S. 290 m.w.N.; Simitis-Mallmann, BDSG, § 29 Rn. 54; Die Sinnhaftigkeit dieser Restriktion sollte im Interesse des Verbrauchers und Betroffenen überdacht werden.

56 Vgl. dazu Urbatsch in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 68 (79).

57 Deren Anteil ist freilich kaum abschätzbar und quantitativ nicht erfasst, wie sich auch aus der geringen Datenbasis der Studie des ULD, Kiel 2006, S. 29 f, ergibt.

58 Wuermeling, in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 98 (108); Simitis-Bizer, BDSG, § 6a Rn. 27; Ebenso Nds. DSB, Veröffentlichung „Weitere Leitplanken zum Einsatz von Scoring-Systemen“, Dez. 2005, S. 2 = in diesem Heft S. 131.

nicht⁵⁹. Für die Anwendung des Schufa-Scores wird diese Voraussetzung bejaht⁶⁰. Freilich werden Zweifel daran erhoben, ob nicht die letztliche Entscheidung eines Kredit-Sachbearbeiters in Wirklichkeit durch einen Score-Wert determiniert ist oder ob und in welchem Umfange in der Unternehmenspraxis realistischerweise noch ein „Overruling“ in Frage kommt⁶¹. Nach Ansicht der Kreditinstitute sei der Score-Wert lediglich so etwas wie der Rat eines erfahrenen Kreditexperten⁶², ein Rat freilich, dem durch die in Anspruch genommene Einheitlichkeit und Objektivität des Scoring-Verfahrens eine besonders hohe Autorität zukommen dürfte. Jedoch würde dieser Umstand die datenschutzrechtliche Zulässigkeit des Verfahrens nach § 6a BDSG nicht berühren, da der Gesetzgeber lediglich verbietet, dass eine Entscheidung ausschließlich in einem automatisierten Verfahren getroffen und damit wesentliche Belange eines Menschen ausschließlich von einem Rechenvorgang in einer Datenverarbeitungsanlage abhängig gemacht werden⁶³. Ob das so ist, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Berücksichtigung des jeweiligen Verfahrensablaufs in seiner Gänze beurteilen. Das Unternehmensinteresse am Abschluss statt am Abbruch von Geschäftsbeziehungen macht es nach der Lebenserfahrung freilich wenig wahrscheinlich, dass Vertragsbeziehungen mit Verbrauchern allein auf Grund statistischer Wahrscheinlichkeiten abgelehnt werden⁶⁴. Im Gegenteil. Es gibt in der Praxis einiger Branchen die Neigung, auch solchen Verbrauchern, die längst ver- oder überschuldet sind, weitere Verbindlichkeiten anzudienen. Unter dem Gesichtspunkt des „Responsible Lending“ ist daher aus Verbrauchersicht jede Einschränkung unverantwortlicher Marketing-Aktivitäten durch den korrigierenden Einsatz scoregestützter Risikoklassen durchaus zu begrüßen⁶⁵.

Aber selbst wenn eine Ablehnung ausschließlich und automatisiert auf einem Score beruht, kann dies im Rahmen von § 6 a Abs. 2 Nr. 2 BDSG rechtmäßig sein. Dieses ist dann der Fall, wenn die berechtigten Interessen des Betroffenen im Sinne von § 6 a Abs. 2 Nr. 2 S. 1 BDSG gewahrt bleiben. Dazu muss dem Betroffenen die Tatsache mitgeteilt werden, dass es sich um eine automatisierte Einzelentscheidung ausschließlich auf Grund eines Scores handelt, und die verantwortliche Stelle muss durch geeignete Maßnahmen gewährleisten, dass der Betroffene seine berechtigten Interessen wahrnehmen kann. In Anlehnung an Art. 15 der EU-Datenschutzrichtlinie hat der Gesetzgeber als Regelbeispiel für geeignete Schutzmaßnahmen die Möglichkeit des Betroffenen genannt, seinen Standpunkt geltend zu machen. Das Unternehmen muss den Sachverhalt unter Berücksichtigung dieser Stellungnahme erneut prüfen⁶⁶. Nur wenn diese Voraussetzungen nicht eingehalten sind, ist eine automatisierte Einzelentscheidung mittels Scoring untersagt.

Damit lässt sich festhalten, dass die Bestimmungen des BDSG der Anwendung von Scoring-Verfahren, die lege artis entwickelt und durchgeführt werden, nicht entgegen stehen, so dass die allgemeinen gesetzlichen Befugnisnormen der §§ 28 ff. BDSG i. V. m. § 6 a BDSG als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage die Ermittlung, Übermittlung und Anwendung lege artis errechneter Scores gestatten. Einer Einwilligung bedarf es daher, wenn überhaupt, nur in den wenigsten Fällen⁶⁷.

Generelle Einwände

Nach dem bisherigen Befund ist ein lege artis vorgenommene Scoring rechtlich weitestgehend erlaubt. Gleichwohl bleiben vor allem zwei Einwände bestehen, die auch die Aus-

legung des BDSG beeinflussen. Der eine Einwand bezieht sich auf die Art der in die Score-Berechnung einfließenden Daten, weil diese zu einer Diskriminierung führen können. Der andere bezieht sich auf den Umstand, dass ein Score ein bloß statistisches Urteil abgibt, ohne individuelle Besonderheiten des einzelnen Betroffenen zu berücksichtigen, und damit dessen Geltungsanspruch in der Öffentlichkeit zu beeinträchtigen droht.

Die Frage, ob der Umfang der in eine Score-Berechnung einfließenden Daten beschränkt werden darf oder eingegrenzt werden muss, ist umstritten. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass Scoring immer schon diskriminierend sei, wenn Merkmale wie Rasse, Nationalität oder ethnische Herkunft einfließen und sich negativ auf das Ergebnis auswirken⁶⁸. Diese Vorstellung findet weder im Wortlaut noch in der Intention des Gesetzes irgendeine Stütze. Zwar dürfen gem. § 28 Abs. 6, 8 BDSG besonders sensible personenbezogene Daten nur mit Einwilligung oder im – hier nicht vorliegenden – Falle gesetzlicher Erlaubnistatbestände erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass Daten über Staatsangehörigkeit, Herkunft, Abstammung etc. (§ 3 Abs. 9 BDSG), sofern sie nicht offenkundig sind, nur mit Einwilligung zwecks Überprüfung des jeweiligen Antrages erhoben werden und deshalb zur Errechnung eines Scores auf Grund einer Einwilligung verwendet werden dürfen, was § 28 Abs. 6 S. 1, 1. Hs. zulässt⁶⁹. Eine andere Frage ist diejenige, ob solche Daten Signifikanz aufweisen und deshalb zur Scoreermittlung überhaupt erforderlich sind. Dies lässt sich nur fachspezifisch beantworten^{69a}.

Außerhalb dieser Kategorie der besonders sensiblen Daten enthält das BDSG keinen Anhaltspunkt für eine Einschränkung der in die Score-Berechnung einfließenden Attribute. Wenn dennoch oder deshalb mit Blick auf die informationelle Selbstbestimmung Einschränkungen statuiert⁷⁰ oder gefordert werden, ist die dahinter stehende Intention ist in ihrer Zielrichtung verständlich. Es soll zu Recht verhindert werden, dass

59 Koch, MMR 1998, 460; Simitis-Bizer, BDSG, § 6 a Rn. 27; Wolber, CR 2003, S. 625.

60 Wuermeling in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 98 (108); für die Schufa-Auskunft Simitis-Bizer, BDSG, § 6 a Rn. 27.

61 Möller/Florax, MMR 2002, 806 (809) bemühen dafür den verwaltungsrechtlichen Begriff von der Ermessensreduzierung auf Null.

62 Wolber, CR 2003, 625.

63 Ebenso Wuermeling in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 98 (108 f.); Wolber, CR 2003, S. 623 (625).

64 So hat bspw. Urbatsch in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 68 (73, 77) berichtet, dass sich Marketing-Abteilungen eher als Gegner sehen und bemängeln, dass Marketing durch den Einsatz von Scoring Marktanteile verliere.

65 Dieser Umstand wird von der Studie des ULD SH, Kiel 2006, S. 17 und passim nur ansatzweise wahrgenommen.

66 Dieses gesetzliche Regelbeispiel beschreibt eine wichtige Voraussetzung zur Korrektur von Entscheidungen, die bei bloßer Zugrundelegung eines Scores sachlich (und wirtschaftlich) falsch wären. Der von Petri, LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 111, geschilderte Fall und die von Möller/Florax, MMR 2002, 806 ff. geäußerten Befürchtungen wären damit ausgeschlossen.

67 Anders, wenn auch ohne schlüssige Begründung, Studie des ULD SH, Kiel 2006, S. 4 und passim.

68 Studie ULD SH, Kiel 2006, S. 113.

69 Insofern ist der Regierungsentwurf zur Änderung von § 10 Abs. 1 KWG verfassungsrechtlich problematisch, da er Angaben zur Staatsangehörigkeit oder sensible Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG kraft Gesetzes, d. h. auch entgegen einer Einwilligung, vom Kredit-Scoring generell ausschließen will.

69a Nach Informationen von Anbieterseite werden derartige Daten in aller Regel nicht benötigt.

70 Darauf zielt die Studie des ULD SH, Kiel 2006, S. 113 ff. ab; ebenso ULD, TB 2006, S. 119.

Personen sachwidrig diskriminiert, d. h. auf Grund bloßer Vorurteile zu Unrecht schlechter gestellt werden als andere⁷¹. Es ist allerdings fraglich, ob dieses Ziel durch den Ausschluss bestimmter Attribute^{71a} erreicht werden kann. Dieser Ansatz geht von menschlichen Verhaltenskategorien aus („Vorurteil“), nicht jedoch von der Funktionsweise mathematisch-statistischer Systeme. Für solche Systeme, sofern sie wissenschaftlichen Standards genügen, ist die Vorstellung eines „Vorurteils“ wesensfremd. Es gilt nur eins, nämlich die Qualität des Scores, d. h. dessen Trennschärfe und Aussagekraft. Erforderlich dafür sind ausschließlich die Merkmale, die das Ergebnis verbessern, wobei schon aus Gründen der Handhabbarkeit eine größtmögliche Reduktion angestrebt wird⁷². Mathematische Anwendungen sind vorurteilsfrei. Hiergegen lässt sich einwenden, dass die Gefahr bestünde, ein menschliches Vorurteil, etwa gegen bestimmte Volksgruppen, könne so in eine Scorecard eingebaut werden, dass am Ende stets ein gewünschtes Ergebnis im diskriminierenden Sinne herauskäme. Ein solches auf mathematisch-statistisch nicht begründbare Wünsche abgestelltes Scoring-System entspräche freilich nicht dem Stand der Wissenschaft und würde deshalb die an rechtmäßige Scoring-Systeme zu stellenden Qualitätsanforderungen nicht erfüllen.

Auch sonst erscheint die Vorstellung eines geheimen Vorurteils bei der Anwendung mathematisch-statistischer Gesetzmäßigkeiten eher naiv. Nach der Lebenserfahrung besteht die größte Gefahr einer Diskriminierung bei der Kreditentscheidung durch Sachbearbeiter. Es sind die Menschen, bei denen Vorurteile am zahlreichsten verankert und am schwersten auszurotten sind. Es ist daher ein realistisches Szenario, dass möglicherweise ein Sachbearbeiter durch einen günstigen Score daran gehindert wird, einem persönlichen Vorurteil zu folgen und einen Kredit mit fadenscheiniger Begründung nur deshalb abzulehnen, weil er persönliche Vorbehalte gegen den Antragsteller hat, der, weil er vor ihm sitzt, seine Staatsangehörigkeit, ethnische Herkunft oder sonstige Merkmale nicht verbergen kann. Auch der umgekehrte Sachverhalt ist denkbar.

Nach Ansicht des ULD⁷³ sollen nur solche Daten in das Scoring einbezogen werden, die, bezogen auf den Gegenstand jener Studie, Relevanz für die Kreditwürdigkeit haben. Dem ist zuzustimmen, weil alle anderen Daten bei der Ermittlung des Scores naturgemäß überflüssig wären. Allerdings soll nach Ansicht der Studie die Relevanz nicht nach mathematisch-statistischen, sondern nach eher rechtsdogmatischen Kategorien bestimmt werden. So soll beispielsweise das Alter der Kinder deshalb keine Rolle spielen dürfen, weil es sich um Datendritte handele. Dabei liegt schon aus laienhafter Sicht auf der Hand, dass es einen Einfluss auf die Zahlkraft eines Antragstellers hat, ob Kinder beispielsweise unter fünf Jahre alt sind und damit voraussichtlich während der Laufzeit des Bankdarlehens einen stetig wachsenden Unterhaltsbedarf haben oder ob die Kinder fast oder längst aus dem Hause sind. Es wäre zwar theoretisch möglich, hier eine Korrelation zum Alter des Antragstellers herzustellen, doch wäre eine solche Korrelation weniger sicher als die unmittelbare Einbeziehung des konkreten Kindesalters. Dass dadurch Persönlichkeitsrechte der Kinder beeinträchtigt werden könnten, ist nicht ersichtlich. Es ist Sache der mathematischen Fachwissenschaft und muss es auch bleiben, die Faktoren zu bestimmen, die die Erstellung eines trennscharfen, aussagekräftigen Scores ermöglichen. Jede andere Sicht würde in der Tat Gefahr laufen, statistische Feststellungen durch menschliche Vorurteile zu erschweren, zu unterlaufen oder zu verzerren. Gleichbehandlung bedeutet, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich

zu behandeln. Wenn ein Score dazu beiträgt, in sehr zuverlässiger Weise Vergleichsgruppen zu bilden, dann ist dies eine Frage der Objektivität und hat nichts Diskriminierendes an sich, es sei denn, man wollte die Feststellung mangelnder Zahlungsfähigkeit per se als Diskriminierung betrachten.

Der Kern des Problems liegt vielmehr darin, dass Menschen ungeachtet ihres persönlichen Verhaltens durch die Zuordnung zu einer statistischen Gruppe in dieser oder jener Richtung markiert werden. Es können Angaben in die Berechnung einfließen, auf die der Einzelne keinen Einfluss hat, die ihn jedoch der Gefahr aussetzen, nicht so beurteilt zu werden, wie dies in Kenntnis seines individuell-konkreten Verhaltens der Fall wäre. Ein vielfach gebrauchtes Beispiel für diese Befürchtung ist die Vermutung, dass ein „falscher“ Wohnort den Abschluss eines Kredit- oder Telefonvertrages verhindern oder verteuern könne. Folgt man den Ausführungen der mit der Erstellung von Scores befassten Fachleuten⁷⁴, spielen mikrogeographische Daten und solche des persönlichen Umfeldes freilich nur eine untergeordnete, jedenfalls keine dominante und für das Ergebnis des Scores ausschlaggebende Rolle. Auch wenn man diese Darstellung als richtig unterstellt, bleibt dennoch Unklarheit über das Zusammenspiel der unterschiedlichen Faktoren. Hier berufen sich die Anbieter auf die Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse, da die Entwicklung von Scores mit hohem Aufwand und speziellem Fachwissen verbunden sei. Auf der anderen Seite jedoch steht der Auskunftsanspruch des Betroffenen nach § 34 BDSG, der in § 6 a Abs. 3 BDSG auf den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung der betreffenden Daten erweitert wurde. Dieser erweiterte Auskunftsanspruch will erreichen, dass dem Betroffenen in erster Linie veranschaulicht wird, was mit seinen Daten geschieht. Der Betroffene soll in die Lage versetzt werden, Gesichtspunkte vorzubringen, die die inhaltliche Überprüfung der automatisiert vorgenommenen „vermuteten“ Bewertung ermöglichen⁷⁵. Es geht somit nicht um die Offenlegung der zugrunde liegenden Algorithmen im Einzelnen. Mit einer solchen statistisch-mathematischen Darstellung wäre dem Betroffenen ohnehin nicht gedient. Es geht vielmehr darum, allgemein verständlich zu verdeutlichen, welches die tragenden Funktionsprinzipien sind und auf welche Kriterien sich das Bewertungsverfahren stützt. Der Betroffene soll nachvollziehen können, auf welchen seiner Daten die einzelnen Bewertungen seiner Persönlichkeitsmerkmale beruhen und welche Bedeutung die Werte für die automatisierte Entscheidung haben⁷⁶.

Die Herstellung einer so verstandenen Transparenz entspricht nicht nur dem gesetzlich verankerten Auskunftsanspruch des Betroffenen, sondern liegt auch im Interesse der Anbieter und Nutzer von Scoring-Verfahren. Der Nutzen besteht nicht nur darin, dass die verwendeten Bewertungsverfahren nur dann auf Akzeptanz stoßen, wenn die Betrof-

71 Vgl. Stichwort Diskriminierung in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 16. Aufl.; Studie des ULD SH, Kiel 2006, S.115 f.

71a Das gilt beispielsweise für die Merkmale Alter, Geschlecht und Familienstand, die nach Ansicht der Score-Entwickler von besonderer Relevanz seien.

72 Urbatsch in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 68 (74 ff.); Dittombée, ebd., S. 86 (92 ff.).

73 Studie ULD, Kiel 2006, S. 162 f.

74 Vgl. nur Urbatsch in: LDI NRW, Living by Numbers (2005), S. 68; Mietzner, ebendort, S. 38; Perleth, ebendort, S. 53; Wiegand, ebendort, S. 123 (127 ff.).

75 Gola/Schomerus, BDSG, § 6 a, Rn. 18 f.

76 Simitis/Bizer, BDSG, § 6 a Rn. 54 f.

fenen über die Funktionsweise dieser Systeme informiert sind. Der kreditgewährenden Wirtschaft liegt, wie schon erwähnt, in erster Linie an einem Vertragsabschluss und nicht an der Vertragsverhinderung. Daher sind alle automatisiert ablaufenden Systeme, die Vertragsabschlüsse verhindern, ohne dass dafür ein sachlicher Grund vorliegt, für den Anwender schädlich.

Score-Werte drücken nur statistische Wahrscheinlichkeiten aus. Sie sind mit dieser Einschränkung, wenn sie leger erstellt wurden, auch „richtig“. Das impliziert gleichwohl den Umstand, dass bei einer statistischen „Restmenge“ individuelle Einflüsse zu einer anderen Beurteilung führen müssen als bei der Mehrheit der Fälle, die mit der statistischen Wahrscheinlichkeit übereinstimmen. Also sind wirksame Korrekturinstrumente unumgänglich. An gesetzlichen Ansprüchen steht dem Betroffenen zur Korrektur einer von ihm als unrichtig empfundenen Einschätzung zunächst der Berichtigungsanspruch des § 35 Abs. 1 BDSG zur Verfügung. Er setzt jedoch voraus, dass Daten „unrichtig“ sind. Das Problem liegt für den Betroffenen darin, diese Unrichtigkeit eines Score-Wertes nachzuweisen. Zwar ist anerkannt, dass Unrichtigkeit zum Beispiel dann vorliegt, wenn Daten aus dem Kontext gelöst werden und der Kontextverlust so gravierend ist, dass Fehlinterpretationen naheliegen. Gleiches gilt auch für Werturteile, die auf falschen Tatsachen oder unangemessenen Würdigungen der Tatsachen beruhen⁷⁷. Gegenüber einem nach dem Stand der Wissenschaft errechneten Score, zumal wenn dieser auf einer gemeinsam mit dem Anwender entwickelten Scorekarte beruht, lässt sich ein solcher Beweis freilich in der Praxis kaum führen. Daher läuft der Anspruch nach § 35 I BDSG in der Praxis leer. Erfolgversprechender ist § 6 a BDSG, der den Anspruch des Betroffenen auf eine Geltendmachung seines persönlichen Standpunktes enthält. Dieses Recht entspricht in der Sache dem Gedanken einer Berichtigung durch Gegendarstellung in § 35 Abs. 6 BDSG bei offenkundigen Daten. Die Verpflichtung der verantwortlichen Stelle, den Standpunkt des Betroffenen zur Kenntnis zu nehmen und unter dessen Berücksichtigung erneut – nicht automatisiert – zu entscheiden, gibt den Betroffenen die Möglichkeit, seine individuellen Gesichtspunkte anzubringen. Damit lassen sich, zumindest nach der Gesetzeslage, einige Bedenken gegen eine Markierung mit personenunabhängigen Gruppenmerkmalen ausräumen.

Anforderungen an die Scoring-Wirtschaft

Der bisherige Befund zeigt, dass die nach zeitgemäßen wissenschaftlichen Standards arbeitenden Scoring-Systeme datenschutzrechtlich zulässig sind. Für den Fall unzutreffender Einschätzungen stehen den Betroffenen durchaus wirksame Rechtsansprüche zur Seite. Gleichwohl bleiben Bedenken, ob bei der flächendeckenden Anwendung informationstechnischer Verfahren wie der Scoring- und Rating-Systeme den Persönlichkeitsrechten aller Betroffenen, vor allen Dingen derjenigen, die aus der statistischen Wahrscheinlichkeit herausfallen, ebenso flächendeckend Rechnung getragen wird. Zwar gehört die Überwachung auch von Scoring- und Rating-Verfahren zu den Aufgaben der Datenschutz-Aufsichtsbehörden. Die Situation der Staatsfinanzen lässt dort keine personelle Aufstockung erwarten, so dass die Schaffung von Vertrauen in die Systeme kaum über die Aufsichtsbehörden allein gewährleistet werden kann. Vielmehr legt die derzeitige Debatte nahe, dass die Informationswirtschaft selbst vertrauensbildende Maßnahmen

ergreift, um die verwendeten Scoring-Systeme transparent zu machen und den Betroffenen eine schnelle, zuverlässige und wirksame Möglichkeit der Abhilfe gegenüber möglichen Fehleinschätzungen an die Hand zu geben. Gesetzliche Regelungen erscheinen dafür nicht erforderlich⁷⁸, zumal sie auch kompatibel mit europäischen und internationalen Bestimmungen sein müssten, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Sinnvoll erscheint die Schaffung von Verhaltensregeln, wie sie das BDSG in § 38 a vorsieht. Die Grundrechte auf Informationsfreiheit der Unternehmen einerseits und der informationellen Selbstbestimmung der Verbraucher auf der anderen Seite bedürfen eines schonenden und interessengerechten Ausgleichs. Dieser Ausgleich wird sich am besten durch eine anerkannte „best practice“ treffen lassen, deren Einhaltung für den Betroffenen leicht kontrollierbar⁷⁹ und gegebenenfalls in abgestuften Verfahren⁸⁰ rechtlich durchsetzbar ist.

Zusammenfassung

Scoring- und Rating-Systeme erweisen sich nach Maßgabe von KWG und BDSG im Grundsatz als rechtmäßig, sofern sie folgende Bedingungen einhalten. Hauptbedingung ist, dass ein Scoring-System den anerkannten fachwissenschaftlichen Standards entspricht. Die in die Scores einfließenden Attribute müssen nach diesen Standards erforderlich und sachwidrige Ungleichbehandlung muss methodisch ausgeschlossen sein. Ferner bedürfen die Verfahren einer unbedingten Transparenz. Der Betroffene muss, ohne dass Geschäftsgeheimnisse dabei offenbart werden, die Funktionsweise des Scores verstehen und in die Lage versetzt werden, gegebenenfalls Berichtigungs- und sonstige Ansprüche nach dem BDSG zu verfolgen.

Scoring und Rating sind heute Teil des wirtschaftlichen Alltags geworden. Das Rad dieser Entwicklung wird sich kaum zurückdrehen lassen, wie Hohmann-Dennhardt zu Recht anmerkt⁸¹. Allerdings bedarf es wirksamer Schranken gegen Entwicklungen, die den Verbraucher zum Objekt machen würden. Dazu sind zwar derzeit keine neuen gesetzlichen Bestimmungen erforderlich. Die langfristige rechtliche Akzeptanz von Scoring hängt jedoch ab von einer deutlich verbesserten Information und von Vertrauen der Betroffenen in die Rechtmäßigkeit und Kontrollierbarkeit der Systeme. Dazu könnten wirksame brancheninterne Verhaltensregeln beitragen, die auch ein effektives Schlichtungssystem vorsehen.

77 Gola/Schomerus, § 35, Rn. 5; Simitis-Mallmann, BDSG, § 35 Rn. 10.

78 So auch im Ergebnis Studie des ULD SH, Kiel 2006, S. 5.

79 In diesem Zusammenhang wäre beispielsweise der US-amerikanische Equal Credit Opportunity Act darauf zu prüfen, welche seiner Bestimmungen auf deutsche Verhältnisse übertragbar sind.

80 Hier ist zunächst an ein internes Schlichtungssystem, sodann an die Einschaltung der Aufsichtsbehörden und als ultima ratio an gerichtliche Verfahren zu denken. Das entspricht der aktuellen Tendenz, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern.

81 Hohmann-Dennhardt, NJW 2006, 545 (549).