

# Scoring - die gesetzliche Erlaubnis zur wissenschaftlichen Diskriminierung von Verbrauchern

Thilo Weichert

*Dieser Beitrag ist abgedruckt in Verdikt – Mitteilungen der Fachgruppe Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in ver.di, Heft 2.08, Dezember 2008, 7. Jahrgang, S. 12-16*

## I. Einführung

Am 30. Juli 2008 beschloss das Bundeskabinett den Gesetzentwurf zur **Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)**, mit dem erstmals das Scoring ausdrücklich erlaubt werden soll (BR-Drs. 548/08). Damit würde etwas legalisiert, was es schon lange gibt und nach dem bisherigen Recht im großen Umfang rechtswidrig war. Zugleich aber lässt der Entwurf hoffen, dass die bisherige völlig ungezügelter Praxis der Wirtschaft in etwas geordnetere Bahnen überführt werden kann. Die Diskussion über aktuelle Datenskandale hat die Auseinandersetzung über das Scoring etwas an den Rand gedrängt. Zu befürchten ist, dass dies zulasten einer vernünftigen Scoring-Regelung geht. Dies zu verhindern, ist eine der Motivationen dieses Beitrags.

Scoring war in Deutschland in den Jahren 2005/2006 **öffentlicher Aufreger**, als zwei Gutachten für das Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft (BMVEL, später BMELV) etwas Licht in die öffentlich bisher überhaupt nicht bekannte Praxis brachten (Korczak, D., Verantwortungsvolle Kreditvergabe, Gutachten der GP-Forschungsgruppe Institut für Grundlagen und Programmforschung, 2005; Kamp, M./Weichert, T., Scoringssysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit - Chancen und Risiken für Verbraucher, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein - ULD, 2006). Insbesondere bei der Kreditvergabe wurde damals das Verfahren eingesetzt, um Ausfallrisiken zu bewerten. Inzwischen findet man es in fast allen Wirtschaftsbereichen.

Mit **Scoring** bezeichnet werden systematische, i.d.R. auf mathematisch-statistischer Analyse von Erfahrungswerten basierende Verfahren zur Prognose des zukünftigen Verhaltens von Personengruppen und Einzelpersonen mit bestimmten Merkmalen. Grundlage des Scoring sind personenbezogene Daten von Personen, über die Erkenntnisse zu der zu prognostizierenden Frage gesammelt wurden. Scoring basiert auf der Erwägung, dass bei Vorliegen bestimmter vergleichbarer Merkmale eines Menschen wie bei anderen Personen auch ein ähnliches künftiges Verhalten wahrscheinlich sei.

Scoring wird von der Wirtschaft in den unterschiedlichsten Bereichen eingesetzt, um **Verbraucherverhalten zu prognostizieren**: Beim Werbe-Scoring geht es um die Voraussage von Kundenreaktionen (Response), v.a. das Bestellen von beworbenen Produkten. Die Wahrscheinlichkeit von Vertragsverletzungen und insbesondere von Zahlungsausfällen soll auch mit Scoring vorausgesagt werden, wobei es um

unterschiedlichste Kundenbeziehungen gehen kann, z.B. Miete, Leasing, Telekommunikationsdienstleistung, Kredit. Das vertragsbezogene Verbraucherscoring kann sich auf verschiedene Vertragsstadien beziehen: Abschlusswahrscheinlichkeit, voraussichtliche Dauer, erwartete Leistungsstörung, bis hin zum Inkassoverhalten. Daraus werden die unterschiedlichsten Schlüsse gezogen, wobei aber sämtliche Scores eine direkte Auswirkung auf den Verbraucher haben können: Sie bestimmen, wie lange bei einem Callcenter die Telefonwarteschleife bis zur Bedienung dauert, wem welche Werbung zugesandt wird, ob ein Leasing- oder Versicherungsvertrag geschlossen wird und zu welchen Konditionen, ob ein Inkassoversuch gestartet oder darauf verzichtet werden soll... Seinen Ursprung hat das Scoring bei der Kreditvergabe: Wie hoch ist das Ausfallrisiko und kann daher Geld verliehen werden, wenn ja, mit welcher Laufzeit und welchem Zinssatz?

Scoring kommt aus den USA. Dort wurde von der Fair Isaac Corporation schon vor ca. 50 Jahren das Credit Scoring entwickelt. In Deutschland kam die Praxis in größerem Umfang erst in den 90er Jahren auf und wurde zunächst von einzelnen Kreditinstituten und von Auskunfteien wie die Schufa oder Creditreform eingesetzt. Die Relevanz der Methode hat seitdem massiv zugenommen. Hintergrund ist, dass immer mehr Verbraucherverträge ohne direkten - persönlichen - Kontakt zwischen Anbietern und Verbrauchern stattfinden. Derartige **massenhafte Distanzgeschäfte** erfolgen im Versandhandel und zunehmend auch per Telekommunikation (Fax, Telefon, Internet) in anderen Bereichen. Anstelle der persönlichen Erfahrungen und dem Augenschein muss eine Mittel gefunden werden zur Beantwortung der Frage, ob sich der Vertrag lohnt bzw. wie groß die Gefahr der Übervorteilung ist. Derartige Risikobewertungen spielen im Geschäftskundenbereich schon längere Zeit unter dem Begriff des "Rating" eine existenzielle Rolle und entscheiden oft über Geschäftserfolg oder Insolvenz. Auch die staatliche Gewerbekontrolle bedient sich dieser Methode, z.B. bei der Banken- oder der Versicherungsaufsicht (Basel II, Solvency II). Dass diese Risikobewertungen keine vollständige Sicherheit geben und irrig sein können, ist unbestritten und hat sich bei der aktuellen Bankenkrise schmerzlich gezeigt. Dennoch scheint es keine Alternative zur statistischen Risikoprognose zu geben.

## II. Die persönlichkeitsrechtliche Relevanz

Anders als die Bewertung eines Kreditinstituts oder eines Immobilienfonds hat das Scoring eines Menschen eine hohe persönlichkeitsrechtliche Relevanz. Zwar wird diese von der Wirtschaft teilweise bis heute geleugnet mit dem Hinweis, Scores gäben keine individuelle Auskunft über einzelne Menschen, sondern nur anonymisierte Bewertungen von Gruppen. Persönlichkeitsrelevant sei lediglich die Behandlung der Verbraucher, nicht die dem vorausgehende informationelle Ausleuchtung und Bewertung. Dieser argumentative Versuch der Abwehr von staatlichen Kontroll- und Regulierungsbestrebungen blieb aber erfolglos. Zu offensichtlich ist es, dass die **Bewertung eines Menschen** mit einem Punktwert einen informationellen Eingriff darstellt und eine stark diskriminierende Wirkung haben kann.

Anknüpfungspunkt dieser **Diskriminierung** ist nicht mehr der äußere Anschein der Kleidung, die Hautfarbe, das Geschlecht, die Herkunft, eine Behinderung oder die Geburt. Derartige Diskriminierungsmerkmale sind inzwischen nicht nur gesellschaftlich

verpönt, sondern auch regelmäßig rechtlich verboten. Anknüpfungspunkt kann beim Scoring im Grunde jedes persönliche Merkmal sein, soweit dieses messbar ist und in eine mathematisch-statistische Berechnung eingeführt werden kann. Scorefähig ist also im Grunde alles, von der Augenfarbe bis zur Gewerkschaftszugehörigkeit, von der Kinderzahl bis zur genetischen Disposition, vom Vermögen bis zum Bildungsgrad. Voraussetzung für das Scoring ist nur, dass ein mathematisch-statistischer Zusammenhang zwischen den ausgewerteten Merkmalen und der zu beantwortenden Frage festgestellt werden kann. Eine Kausalität, also dass das Merkmal die Ursache für eine bestimmte Wirkung oder ein bestimmtes Verhalten ist, wird nicht gefordert, sondern unterstellt. Dies wird umso schwieriger zu hinterfragen, je mehr Merkmale bei der Auswertung herangezogen werden und je unklarer die Relevanz des einzelnen Merkmals für die Berechnung des Scores ist.

Nachdem sich die Irrationalität klassischer Vorurteile - gegen das Fremde, das andere Geschlecht, ein anderes Volk, eine andere Religion - nicht mehr leugnen lässt, tritt nun an dessen Stelle das **statistische Vorurteil**. Dieses kann - anders als die bisherigen Diskriminierungen - wissenschaftlich belegt werden. Tatsächlich aber ist das Scoring von der Grundstruktur nichts anderes als die rationalisierte Form klassischer Vorurteile: Jeder wissenschaftlich festgestellten Gesetzmäßigkeit liegen subjektive Hypothesen zu Grunde. Und selbst die mathematische Feststellung der Verknüpfung von Sachverhalten kann ohne jede Aussagekraft sein: So hat die erhöhte Kriminalitätsprognose bei Ausländern in bestimmten Deliktsbereichen nichts mit der Nationalität zu tun, sondern mit dem oft mit der Nationalität zusammenhängenden sozialen Status oder der Familiengeschichte.

Das Hauptproblem des Scoring besteht darin, dass es die **Individualität der gescorten Person** scheinbar berücksichtigt, tatsächlich aber oft in relevanten Punkten ausblendet: Zwar werden die individuellen Merkmale zur Grundlage der Scoreberechnung genommen. Doch wird überhaupt nicht berücksichtigt, inwieweit sich ein Individuum persönlich von denjenigen einer Gruppe unterscheidet, denen es wegen bestimmter Merkmale zugeschlagen wurde. Das klassische Beispiel ist die schlechte Bonitätsbewertung der Bewohner eines sozial heruntergekommenen Bahnhofsviertels, in dem ein erfolgreicher Geschäftsmann wohnt, um schnell zum Zug zu kommen. Dem Geschäftsmann wird die schlechte Zahlungsmoral seiner Nachbarn zugerechnet, ohne dass seine individuelle finanzielle Situation berücksichtigt werden müsste. Natürlich wird versucht, die aussagekräftigsten Merkmale zur Scoreberechnung heranzuziehen. Doch die Daten hierzu sind u.U. nicht verfügbar. Die Relevanz von Merkmalen unterliegt einem dauernden Wandel und wird oft nicht erkannt. Wichtiger noch: Die Individualität der Menschen führt dazu, dass selbst bei höchster statistischer Relevanz bei einem Menschen ein statistisch nicht erfasster Umstand vorliegen kann, der für diesen die Prognose absolut falsch macht.

Scoring ist also zwangsläufig Diskriminierung. Wenn es zutrifft, dass in einer anonymen Massengesellschaft auf Scoring nicht verzichtet werden kann, weil keine anderen Methoden der Risikobewertung vorliegen, so besteht ein **Zielkonflikt**. Im Privatrechtsverkehr ist diskriminierendes Verhalten nicht per se unzulässig: Der Kreditsachbearbeiter, der sich vom vornehmen Auftreten eines Kunden beeindruckend lässt, begründet seine Vergabeentscheidung auf dem angreifbaren Vorurteil, vornehmes

Benehmen sei ein Indiz für Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft. Privatautonomie bedeutet grds. auch irrational und diskriminierend geschäftlich tätig sein zu dürfen, wenn nicht spezifische Gesetze dies ausdrücklich verbieten. Der genannte Zielkonflikt lässt sich nur dadurch teilweise auflösen, dass für alle Beteiligten größtmögliche Transparenz hergestellt wird und durch Verfahrenssicherungen zu gewährleisten versucht wird, die Risiken von falschen Schlüssen aus Scores zu minimieren.

### III. Die bisherige Rechtslage

Bisher gab es zum Scoring keine gesetzlichen Regelungen. Im Bereich der Kreditwirtschaft wurde jüngst lediglich das Rating von Unternehmen geregelt (§ 10 KWG). Dennoch ließen sich aus dem bestehenden Recht Schlüsse auf die Zulässigkeit konkreter Scoringprozesse ziehen. So ist es offensichtlich, dass ein individueller Score ein personenbezogenes Datum nach § 3 Abs. 1 **Bundesdatenschutzgesetz** (BDSG) ist. Dessen Erhebung, Speicherung, Auswertung und Nutzung unterliegt daher dem BDSG. Dies führt dazu, dass schon bei der Erhebung der Daten die Betroffenen über Zweck und Verarbeiter unterrichtet werden müssen (§ 4 Abs. 3 BDSG). Erfolgt die Datenbeschaffung nicht bei den Betroffenen selbst, so sind sie hierüber nachträglich zu unterrichten (§ 33 BDSG). Die Zulässigkeit der Verarbeitung kann und muss grds. nicht auf einer Interessenabwägung erfolgen, wie sie nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG erlaubt ist: Zwar besteht zweifellos bei Vertragspartnern ein berechtigtes Interesse, bestimmte Risiken auszuschließen. Dies kann und darf aber nicht hinter dem Rücken des anderen Vertragspartners erfolgen, dessen schutzwürdige Interessen ansonsten überwiegen. Es besteht für Letzteren ein schutzwürdiges Interesse daran zu wissen, dass er gescort wird, wer dies vornimmt, welche Daten hierbei einfließen und welche Auswirkungen der Score auf seine Behandlung im Geschäftsleben hat. Da eine Geschäftsbeziehung i.d.R. zwischen den beteiligten Parteien besteht, gibt es auch die Möglichkeit über das Scoring zu unterrichten. Daher kommt das Gutachten von Kamp/Weichert zu dem Ergebnis, dass nach der aktuellen Rechtslage Verbrauchervertragsscoring nur zulässig ist, wenn der Betroffene hierin einwilligt (§§ 4 Abs. 1, 4a BDSG) oder "wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen dient" (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG). In beiden Fällen - bei Einwilligung wie im Rahmen eines Vertragsverhältnisses - muss der Betroffene umfassend über alles Wesentliche, also über beteiligte Stellen, einbezogene Daten, Zweck und Art der Auswertung informiert werden.

Eine für das deutsche Datenschutzrecht ungewöhnliche Regelung brachte die Umsetzung der Europäischen Datenschutzrichtlinie (EU-DSRL) von 1995 mit sich. Aus dem französischen Rechtsraum stammend, wurde mit § 6a BDSG im Jahr 2001 ein grundsätzliches Verbot nachteiliger **automatisierter Einzelentscheidungen** in das deutsche Recht aufgenommen, "die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dienen". Eine Ausnahme von diesem Verbot besteht, wenn dem Betroffenen hinreichend die Möglichkeit eingeräumt wird, nach Kenntnisaufgabe über die automatisierte Entscheidung "seinen Standpunkt geltend zu machen", worauf die verantwortliche Stelle ihre Entscheidung erneut prüfen muss. Zwar wurde von Wirtschaftsvertretern vorgetragen, Kreditscoring sei kein Anwendungsfall des § 6a, weil mit dem Score nur eine Vertragsentscheidung vorbereitet werde; die Entscheidung hierüber treffe in jedem Fall ein Mensch, nicht eine Maschine. Dies entspricht aber nicht der Rechtswirklichkeit:

Tatsächlich werden z.B. Kreditsachbearbeiter durch den Score der Kreditantragsteller festgelegt; wollen sie einen Kredit trotz eines schlechten Scores vergeben, so müssen sie dies besonders begründen. Angesichts des Massengeschäfts bei vielen Kreditvergaben wird dieser Aufwand oft gescheut. Dies führt faktisch zur "automatisierten Einzelentscheidung". Das Verbraucherscoring hatte der europäische Normgeber auch im Sinn, als er das bedingte Verbot aussprach. Letztlich läuft die Regelung ebenso wie das materielle Datenschutzrecht darauf hinaus, dass zum Zweck der Stellungnahme des eigenen Standpunktes für den Betroffenen so umfassend wie möglich Transparenz geschaffen werden müsste, was auch den "logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung" erfasst (§ 6a Abs. 3 BDSG).

Defizite bestehen beim Scoring bisher unzweifelhaft bzgl. der Betroffenenrechte, also den Rechten auf Auskunft, Widerspruch und Berichtigung. Am einfachsten ist insofern noch die rechtliche Einordnung des **Widerspruchs** (§ 35 Abs. 5 BDSG). Dieser führt im Fall der Einwilligung zu deren Widerruf, im Fall eines geplanten Vertragsverhältnisses zu dessen Nichtzustandekommen. Selbst wenn man Vertragsscoring auf der Basis einer Interessenabwägung erlauben würde, läge im Widerspruch die Geltendmachung eines schutzwürdigen Interesses mit der Folge, dass dessen Gewicht gegenüber dem berechtigten Interesse überwiegt.

Größere rechtliche und praktische Schwierigkeiten ergeben sich bzgl. der **Datenkorrektur** nach § 35 Abs. 1 BDSG: Der Score ist ein Prognosewert mit einer Wahrscheinlichkeitsaussage, also kein eindeutig auf seine Richtigkeit hin überprüfbares Datum. Ein Berichtigungsanspruch kann sich daher nur ergeben, wenn falsche Daten in die Berechnung einfließen, die Scoreberechnung wissenschaftlich nicht valide ist oder der berechnete Wert im Nachhinein verfälscht wurde. Dies aber kann der Betroffene, der über das Verfahren i.d.R. überhaupt keine Kenntnis hat, weder beurteilen noch überprüfen.

Ähnlich defizitär erweisen sich die bisherigen **Auskunftsregelungen**, wonach neben dem "logischen Aufbau" der Verarbeitung (§ 6a Abs. 3 BDSG) die gespeicherten Daten, deren Herkunft, Empfänger und Zweck offenbart werden müssen (§ 34 Abs. 1 BDSG). In der Praxis laufen Auskunftsansprüche regelmäßig ins Leere wegen der Flüchtigkeit der Scoreberechnung und -nutzung: Regelmäßig nicht protokolliert, welche Daten eingeflossen sind. Oft erfolgt die Scoreberechnung durch externe Unternehmen, oft sind diese bei der Berechnung zumindest mit einbezogen. Die hierbei stattfindende Kommunikation wird oft nicht aufgezeichnet, ja selbst der berechnete Score wird u.U. nicht einmal gespeichert oder ausgedruckt. Die für die Auskunft nötigen Daten sind also oft nicht mehr verfügbar. Wenn sie verfügbar sind, berufen sich die verarbeitenden Stellen auf ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 34 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 i.V.m. § 33 Abs. 2 Nr. 7b BDSG). Selbst der aktuell berechenbare Score wurde von der Wirtschaft u.U. nicht als auskunftspflichtig angesehen, da er nicht gespeichert sei, sondern erst berechnet werden müsse. Zwar erlauben die Auskunftsregelungen im BDSG nach ihrem Wortlaut wie ihrem Zweck eine verbraucherfreundliche Interpretation, die eine Berufung auf Geschäftsgeheimnisse ausschließt, Protokollierungspflichten begründet und eine Auskunftspflicht auch über berechenbare Score eröffnet, doch müsste diese Interpretation - wegen des Widerstands der Wirtschaft - rechtlich eingeklagt werden - ein für viele Verbraucher nicht akzeptables Ansinnen.

#### IV. Die BDSG-Novelle

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung versucht nun, einige der rechtlichen und praktischen Defizite zu beseitigen - mit unterschiedlichem Erfolg. Das Konzept des Entwurfes besteht darin, Scoring weitgehend zuzulassen und die Transparenzpflichten klarzustellen bzw. zu erweitern. Dabei wird die Möglichkeit zur Durchführung des Scoring zu stark geöffnet; im Hinblick auf die Transparenz bleiben Lücken und offene Fragen. Außerdem enthält der Entwurf erstmals eine spezifische Normierung der Datenverarbeitung von **Auskunfteien** (§ 28a BDSG-E).

Zunächst ist vorgesehen, in § 6 BDSG einen Absatz 3 einzufügen, wonach personenbezogene Daten über die **Ausübung eines Betroffenenrechts** "nur zur Erfüllung der sich aus der Ausübung des Rechts ergebenden Pflichten der verantwortlichen Stelle verwendet werden" dürfen. Diese Regelung entspricht zwar der bisherigen Rechtslage. Die Klarstellung bleibt sinnvoll, da z.B. in der Praxis der Schufa die Wahrnehmung des Auskunftsrechtes bis vor Kurzem zu einer Verschlechterung des Scores führte. Dem lag die Erwägung zu Grunde, dass häufige Auskunftersuchen bei der Schufa darauf hindeuteten, dass diese zur Kreditbeantragung genutzt wurden; und dies sei ein Hinweis auf die Überschuldung des Betroffenen. Diese Hypothese ist in vielen Fällen falsch; sie führte dazu, dass Menschen, die von ihrem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung Gebrauch machten, keine oder schlechtere Kredite erhielten. Derartiges soll in Zukunft ausgeschlossen werden.

Die Regelung zur **automatisierten Entscheidung** (§ 6a BDSG) soll an zwei Stellen präzisiert werden: Zunächst soll festgelegt werden, dass der Paragraph insbesondere dann anwendbar ist, "wenn keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat". Damit wird klargestellt, dass, wenn ein Sachbearbeiter einen automatisierten Entscheidungsvorschlag ohne Weiteres übernimmt, eine automatisierte Entscheidung angenommen werden muss. Die Ergänzung ist nichts anderes als die Bekräftigung der bestehenden Rechtslage angesichts einer missverständlichen Gesetzesformulierung. Auch die Ergänzung, dass "auf Verlangen die wesentlichen Gründe" der automatisierten Entscheidung mitgeteilt werden müssen, ergibt sich schon aus Sinn und Zweck der bisherigen Regelung.

Völlig neu aufgenommen werden soll ein § 28b mit der Überschrift "Scoring" als **materielle Regelung**. Danach wird Scoring "zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen unter 3 Voraussetzungen für zulässig erklärt: 1. Die Nutzung der Daten muss unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sein. 2. Wird die Berechnung des Scores nicht von der nutzenden Stelle, sondern von einer externen Auskunftei vorgenommen, so muss für die Übermittlung § 29 BDSG erfüllt sein; beim internen Scoring muss § 28 BDSG gegeben sein. 3. Im Fall der Nutzung von Anschriftendaten zur Berechnung des Scores ist der Betroffene zuvor über die vorgesehene Nutzung dieser Daten zu unterrichten.

Der Regelungsvorschlag bleibt - bei einer restriktiven Auslegung - hinter dem bisherigen

Rechtszustand zurück und eröffnet mehr Fragen als er Antworten gibt. Verträte man die Ansicht, die Regelung nenne alle Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Vertragsscoring, so müssten künftig die verwendeten Merkmale für die zu erstellende Prognose keine kausale Plausibilität haben. Diese Plausibilität kann evtl. in die nötige "Erheblichkeit" hineingelesen werden; sie geht jedenfalls über die reine mathematisch-statistische Nachweisbarkeit hinaus. Ein praktisches Problem besteht darin, dass die wissenschaftliche Berechnung von Scores nach anerkannten **mathematisch-statistischen Verfahren** durch Datenschutzkontrollinstanzen selbst nicht nachgeprüft werden kann, da eine solche Prüfung die Nutzung des bisher vorliegenden gesamten Datenbestands nötig machen und eine aufwändige Analyse erfordern würde. Dies ist im Rahmen der "klassischen" Datenschutzkontrolle nicht möglich. Möglich wäre dies allenfalls z.B. im Kontext eines Gütesiegel- oder Auditverfahrens (§ 9a BDSG).

Die Regelung, wonach die Nutzung von Daten für das Scoring zulässig ist, wenn diese nach den §§ 28, 29 BDSG nur zulässig wäre, beantwortet nicht die Frage, inwiefern § 28b diese **bisherigen Rechtsgrundlagen** verdrängt. Eine optimistische Auslegung liefe darauf hinaus, dass beim Vertragsscoring weiterhin entweder eine explizite Einwilligung oder eine solche Vertragsklausel vorliegen müssen. Dann wäre aber Nr. 3 des § 28b überflüssig, der weniger als eine Erklärung des Betroffenen, nämlich nur dessen Unterrichtung fordert. In jedem Fall stellt aber der Regelungsvorschlag des § 28b Nr. 2 klar, dass im Falle der Zulassung des Scoring ohne Einwilligung und Vertrag zuvor eine Abwägung mit den Schutzinteressen der Betroffenen erfolgen muss. Weiterhin muss der Vorschlag dahingehend verstanden werden, dass sich das Scoring jeweils auf einen konkreten Zweck beziehen muss. Dies bedeutet u.a., dass Daten aus einem Geschäftsbereich nicht zur Scoreberechnung für einen anderen Geschäftsbereich genutzt werden dürfen. Abwicklungsdefizite bei Telekommunikationsverträgen dürfen z.B. nicht zur Berechnung eines Kredit-Scores verwendet werden, auch wenn eine statistische Beziehung zwischen beiden Bereichen hergestellt werden kann.

Völlig irritierend ist die Erwähnung der **Unterrichtungspflicht** nach Nr. 3 nur für den Fall "der Nutzung von Anschriftendaten der Betroffenen". Bisher gilt, dass Betroffene nicht nur bei dieser Datenkategorie unterrichtet werden müssen, sondern generell beim Einsatz von Scoringverfahren. Der Entwurf könnte so verstanden werden, dass in allen anderen Fällen eine Unterrichtung nicht erforderlich sei. Eine Unterrichtungspflicht nur bei der Nutzung von Anschriftendaten würde nicht nur gegenüber der bisherigen Rechtslage eine starke Erleichterung des Durchführens von Scoring, sondern auch eine massive Beeinträchtigung von Verbraucherbelangen bedeuten. Dies dürfte nicht beabsichtigt sein. Eine Unterrichtung muss insbesondere bei Anschriftendaten erfolgen, wenn diese zu den Antragsdaten eines Vertrages herangezogen werden. Das Diskriminierungsrisiko ist hier besonders groß, weil über die Anschriftendaten eine Vielzahl von soziodemografischen Schlüsse gezogen wird. Dies ändert aber nichts daran, dass zugleich eine allgemeine Information über das Verfahren selbst sowie über die Datenquellen (Angaben aus dem Vertrag, Angaben von externen Scoring-Unternehmen, welche soziodemografische Daten/Anschriftendaten) nötig ist. Dies sollte der Gesetzgeber ausdrücklich klarstellen. In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass die bei der Datenerhebung gegenüber dem Betroffenen bestehende Unterrichtungspflicht nach § 4 Abs. 3 BDSG von dem neuen § 28b unberührt bleibt.

Bei der Neufassung der **Auskunftsregelung** (§ 34 BDSG) wäre zu begrüßen, wenn – wie dies in Vorentwürfen vorgesehen war – die Auskunftsverweigerung mit dem Argument des Geschäftsgeheimnisses nur nach Abwägung "der besonderen Umstände des Einzelfalls" für zulässig erklärt würde. Dies entspricht zwar der aktuellen Rechtslage. Angesichts der immer wieder festzustellenden pauschalen Verweisung auf Geschäftsgeheimnisse scheint aber eine solche Änderung nötig zu sein. Der neue Absatz 2 sieht eine umfassende Auskunftspflicht bei Scoringverfahren vor über 1. die innerhalb der letzten sechs Monate erhobenen oder gespeicherten Scores, 2. die zur Berechnung genutzten Datenarten und 3. das Zustandekommen des Scores "einzelfallbezogen und nachvollziehbar in allgemein verständlicher Form". Nr. 3 bedeutet, dass zumindest die wichtigsten 3 oder 4 Merkmale in ihrer Bedeutung dem Betroffenen mitgeteilt werden müssen. Da die Praxis insofern die bisher bestehende Rechtslage ignoriert bzw. dessen Beachtung verweigert, ist die geplante Regelung sehr zu begrüßen. Zu begrüßen ist auch, dass die Regelungslücke bei getrennt gehaltenen Daten (ohne Personenbezug bzw. bei Speicherung durch andere Stelle) geschlossen wird. Die verantwortlichen Stellen konnten bisher durch das Getrennthalten von Daten, die zusammengeführt werden sollen, eine umfassende Auskunftserteilung über die verfügbaren Daten zu einer Person sabotieren. Die Aufnahme eines Absatzes 4 erweitert die Auskunftsansprüche des Betroffenen gegenüber Auskunftgebern in Bezug auf Wahrscheinlichkeitswerte (Scores). Dies ist positiv zu bewerten, da auch insofern große praktische Defizite und Lücken bestehen. Die bisherige Auskunftsgebühr soll nach Absatz 8 nur noch anfallen, wenn innerhalb eines Jahres mehr als einmal eine Auskunft erteilt wird und eine wirtschaftliche Nutzbarkeit besteht. Abgerundet wird die Verbesserung der Auskunftsrechte durch die Bußgeldregelung im Fall, dass dem Betroffenen "nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig" erbetene Auskünfte erteilt werden (§ 43 Abs. 1 Nr. 8a, 8b BDSG-E).

Die **Datenkorrekturregelungen** des § 35 BDSG wird dadurch ergänzt, dass geschätzte Daten als solche kenntlich gemacht werden müssen. Dies verringert das Risiko, dass Scores als objektive Fakten angesehen und verwendet werden.

## V. Schlussfolgerung

Die geplante Regelung zum Scoring und zu Auskunftgebern ist nicht die am dringendsten nötige Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes. Der Kontodatenskandal hat offenbart, dass die weitgehende Freistellung und teilweise sogar Privilegierung des kommerziellen Datenhandels drängender ist. Die Anpassung des BDSG an die neuen Technologie, v.a. an die Realität der Internet, die Einführung von präventiven Marktinstrumenten wie Datenschutzaudit und Gütesiegel sowie die Modernisierung der BDSG in Sprache, Systematik und Inhalt sind weitere Baustellen, an denen der Gesetzgeber dringend arbeiten muss. Dennoch geht von der geplanten Scoring-Regelung, so handwerklich nachbesserungsbedürftig sie in mancher Hinsicht ist, ein dreifaches Signal aus, das auf die anderen **Änderungsbedarfe** ausstrahlt: die gesetzliche Kenntnisnahme neuer Formen personenbezogener Datenverarbeitung, die Orientierung des Regelungskonzeptes hin zum Betroffenen, v.a. durch erhöhte Transparenz, und die Einbindung des BDSG in eine umfassendere Informationsrechtsordnung im Bereich des Privatrechts. Die geplante Regelung ist

insofern ein erster Schritt; die in Aussicht gestellte Einführung des "permission marketing" ins BDSG wird ein weiterer sein. Endlich muss die Politik auch rechtlich akzeptieren, dass dem BDSG, soweit es die Verarbeitung von Verbraucherdaten regelt, verbraucherschützende Wirkung zukommt, deren Einhaltung von Verbraucherverbänden eingeklagt werden kann. Scoring ist eine Form der personenbezogenen Datenverarbeitung, die erst etabliert und nun - mit Verbraucherschutzauflagen - legalisiert werden sollen. Die aktuellen Vorschläge müssen, um adäquaten Verbraucherschutz und effektiven Diskriminierungsschutz zu bringen, noch verbessert werden. Beim Adressenhandel und vielen weiteren Formen kommerzieller Datenverarbeitung, v.a. im Bereich des Internet, sind umfassendere und grundsätzlichere Korrekturen der Gesetzgebung nötig.

---

Dr. Thilo Weichert ist Landesbeauftragter für Datenschutz Schleswig-Holstein und damit Leiter des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz (ULD) in Kiel