



# Informatik und Recht

vereinigt mit „Datenverarbeitung im Recht“

Heft 6

Juni 1988

3. Jahrgang

## Münsteraner Ringvorlesung „EDV und Recht“

# Datenschutzrechtliche Probleme öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute (Teil I) \*

Dirk Ehlers

Die große Bedeutung, die dem Datenschutz auf dem Gebiet des Kreditwesens zukommt, wird offenkundig, wenn man sich vor Augen hält, daß

- die Kreditinstitute im Wirtschaftsleben eine Schlüsselrolle spielen,
- der Erfolg der Kreditinstitute in weitgehendem Ausmaße von dem bestmöglichen Erfassen, Aufnehmen, Aufbewahren, Auswerten, Übermitteln und Abrufen von Daten aller Art abhängt und
- der Einsatz von Geräten der elektronischen Datenverarbeitung in den Kreditinstituten einen besonders hohen Perfektionsgrad erreicht hat.

Leider läßt die juristische Aufarbeitung der datenschutzrechtlichen Problemstellungen sehr zu wünschen übrig. Die Materie ist bislang im wesentlichen einem kleinen Kreis von Spezialisten aus dem Bereich der Banken (1) oder Datenschutzbehörden (2) vorbehalten geblieben. Als nachteilig für die Beschäftigung mit dem Thema erweist sich ferner, daß es — von Ausnahmen wie der Rechtsprechung zur sog. Schufa-Klausel abgesehen (3) — kaum Gerichtsentscheidungen zum Datenschutz auf dem Gebiet des Kreditwesens gibt. Erschwerend kommt hinzu, daß sich das rechtstatachliche Material nicht immer leicht ermitteln läßt. Schließlich sind die datenschutzrechtlich relevanten Sachverhalte außerordentlich vielgestaltig. Es bedarf nach alledem keiner weiteren Begründung, daß die folgenden Ausführungen von vornherein nur einführenden Charakter haben können.

Untersucht werden sollen die datenschutzrechtlichen Fragestellungen im Hinblick auf Kreditinstitute, die öffentlich-rechtlich organisiert sind. Es wird nur auf die Verhältnisse in Nordrhein-Westfalen abgestellt. Der Begriff des Kreditinstitutes richtet sich nach § 1 Abs. 1 KWG. Kreditinstitute sind Unternehmen, die Bankgeschäfte betreiben, wenn der in § 1 Abs. 1 S. 2

KWG näher umschriebene Umfang dieser Geschäfte einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Unter den Begriff des Kreditinstitutes fallen beispielsweise nicht der Rheinische und der Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband. Die als Körperschaften des öffentlichen Rechts gebildeten Sparkassen- und Giroverbände haben die Aufgabe, das Sparkassenwesen zu fördern, Prüfungen bei den Mitgliedssparkassen durchzuführen und die Aufsichtsbehörden gutachtlich zu beraten (§ 47 SpkG NW). Sie betreiben aber nicht selbst Bankgeschäfte. Als wichtigste öffentlich-rechtliche Kreditinstitute sind in Nordrhein-Westfalen die in der Form rechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts organisierten Sparkassen und die in derselben Rechtsform organisierte Westdeutsche Landesbank Girozentrale an-

\* Die Abhandlung gibt einen auf die aktuelle Gesetzeslage umgestellten und mit Anmerkungen versehenen Vortrag wieder, den der Verf. im WS 1987/88 im Rahmen der „Münsterischen Ringvorlesung EDV und Recht“ gehalten hat. Für sehr wertvolle Hilfe danke ich meinem Mitarbeiter, Herrn stud.jur. Dirk Frenking. Zu Dank verpflichtet bin ich ferner dem Datenschutzbeauftragten der Westdeutschen Landesbank, Herrn Franz-Josef Gorynia. Das Manuskript wurde Anfang März 1988 abgeschlossen.

(1) Ungnade/Kruck, Datenschutz und Kreditgewerbe, in: WM IV, Sonderbeilage 3/1977 zu Nr. 23 v. 4.6.1977; Ehrich/Kirchherr/Pusch, Datenschutz bei Sparkassen und Landesbanken, 1978; Ungnade, Datenschutz im Kreditgewerbe, 1978; Ungnade/Gorynia, Datenschutz im Kreditgewerbe, in: WM IV, Sonderbeilage 7/1983 zu Nr. 33 v. 20.8.1983.

(2) Von begrenzter Aussagekraft sind die Tätigkeitsberichte der Datenschutzbeauftragten. Dies ist darauf zurückzuführen, daß die privaten Kreditinstitute in keinem Falle, die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute nur ausnahmsweise der Kontrolle des Datenschutzbeauftragten unterliegen. Näher dazu Ungnade, Kontrolle des Datenschutzes im Kreditgewerbe, DuD 1979, 90 ff.

(3) BGH, NJW 1978, 2151 ff.; NJW 1984, 436 f.; 1889 ff.; BGHZ 95, 362 ff. = JZ 1986, 185 ff. m. Anm. Simitis.

zusehen. (4) Auf diese Kreditinstitute beschränken sich die folgenden Erörterungen.

Eingegangen wird nur auf die Zulässigkeit der Erhebung, Speicherung, Verwendung, Übermittlung und Kontrolle von Daten, die unmittelbar den Geschäftsbetrieb betreffen. Das bedeutet unter anderem, daß die arbeits-, personalvertretungs- und strafrechtlichen Problemstellungen ebenso ausgeklammert bleiben, wie Fragen der Auskunftserteilung und Datensicherung oder der Berichtigung, Veränderung und Löschung von Daten. (5) Im einzelnen sollen zunächst die maßgeblichen Datenschutzregelungen (A.) und die diesen Regelungen zugrundeliegende gesetzgeberische Konzeption (B.) herausgestellt werden. Darauf aufbauend wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer grundsätzlichen Gleichbehandlung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Kreditinstitute geprüft (C.). Sodann soll näher auf die Zulässigkeit einer Speicherung und Übermittlung personenbezogener Daten eingegangen werden (D.). Ein kurzes Resümee und ein kurzer Ausblick schließen die Untersuchung ab (E.).

## A. Die maßgeblichen Datenschutzregelungen

### I. Die Regelungsgegenstände des Bundes- und Landesrechts

Die Gesetzgebungszuständigkeit für den Datenschutz ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelt. Jedoch erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Bürgerliche Recht (Art. 74 Nr. 1 GG) auf den Erlaß privatrechtlicher Datenschutzregelungen. Ferner ist der Bund kraft Natur der Sache bzw. Annexkompetenz zur sachlichen Regelungskompetenz der Art. 70 ff. GG i.V.m. Art. 84 ff. GG befugt, das Datenschutzrecht der Bundesbehörden und der Bundesrecht ausführenden Landesbehörden zu normieren. (6) Den Bund hat im Bundesdatenschutzgesetz von diesen Regelungsbefugnissen Gebrauch gemacht. Nach den §§ 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 22 Abs. 1 S. 2 BDSG gilt das Bundesgesetz für die mit der Ausführung von Bundesrecht befaßten Behörden, öffentlichen Stellen und öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen des Landesrechts aber nur, soweit der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist. Da alle Bundesländer einschließlich des Landes Nordrhein-Westfalen (7) Landesdatenschutzgesetze mit einem umfassenden Geltungsanspruch für die Behörden, sonstigen öffentlichen Stellen und öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen erlassen haben, verdrängen diese das Bundesdatenschutzgesetz vollständig. (8) Für die hier zu behandelnden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute gelten somit allein die Vorschriften des Datenschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen (mag das neue Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Behandlung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen auch weitgehend auf das Bundesdatenschutzgesetz verweisen).

## II. Die Gesetzeslage im Falle der Einschaltung von Service-Rechenzentren

In den meisten Fällen führen die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute ihre Datenverarbeitung nicht selbst durch, sondern übertragen diese eigens dazu gegründeten privatrechtlich organisierten Tochterunternehmen. So übernimmt etwa die „Buchungszentrale der Westfälisch-Lippischen Sparkassen GmbH“ nahezu die gesamte Datenverarbeitung der in Westfalen und Lippe ansässigen Sparkassen. (9) Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute können sich durch eine solche Verlagerung der Datenverarbeitungsvorgänge aber nicht den Bindungen des Landesdatenschutzrechts entziehen. (10) Welche Vorschriften des Datenschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen im einzelnen anzuwenden sind, hängt von der Art der Beziehungen zu den verselbständigten Rechenzentren ab. Stellt das Rechenzentrum dem öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut nur Hardware (Rechenanlagen) zur Verfügung, die im

(4) Ein öffentlich-rechtliches Kreditinstitut stellt ferner die Wohnungsbauförderungsanstalt dar (vgl. §§ 6 ff. WoBauFG i.d.F. d. Bekanntmachung v. 30.9.1979, GV S. 630). Dagegen ist die Westfälische Landschaft eine öffentlich-rechtliche Bodenkreditbank mit dem Zweck, zur Förderung der Land- und Forstwirtschaft Kredite zu gewähren, Ende 1987 in eine Aktiengesellschaft (u.a. mit Beteiligung der Westdeutschen Genossenschaftszentralbank und der Deutschen Genossenschaftsbank) umgewandelt worden.

(5) Vgl. dazu Ungnade/Kruck (Fn. 1), 20 ff.; Ungnade/Gorynia (Fn. 1), 17 ff.

(6) Vgl. auch Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. 1981, Einl. Rdnr. 22. Die Kompetenzen des Bundes entsprechen denjenigen zum Erlaß von Verwaltungsverfahrenregelungen (vgl. dazu Ehlers, Die Anpassung der Landesverwaltungsverfahrensgesetze an das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, DVBl. 1977, 693). Zur Streitfrage, ob nur auf Art. 84 ff. GG oder zumindest auch auf Art. 70 ff. GG abzustellen ist, vgl. einerseits Ule/Laubinger (Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl. 1986, S. 2), andererseits Obermayer (Verwaltungsverfahrensgesetz, 1983, Einl. Rdnr. 35). Näher zur Unterscheidung von Natur der Sache und Annexkompetenz Degenhart, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1986, Rdnrn. 79 ff.

(7) An die Stelle des zunächst erlassenen Gesetzes zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung v. 19.12.1978 (GV NW S. 640) — zit. DSG a.F. — ist kürzlich das Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten v. 15.3.1988 (zit. DSG NW) getreten. Das neue Datenschutzgesetz ist zusammen mit anderen Datenschutzregelungen als Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Datenschutzes (GFD) v. 15.3.1988 — GV S. 160 — verkündet worden und am 16.3.1988 in Kraft getreten (vgl. Art. 7 GFD).

(8) Ebenso Dammann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 1981, § 7 Rdnr. 39. A.A. Auernhammer (Fn. 6), § 7 Rdnr. 22; Schweinoch, in: Gallwas u.a., Datenschutzrecht, 6. Lief. 1986, § 7 Rdnrn. 22, 32. Zur entsprechenden Auslegung des § 1 Abs. 3 BVwVfG vgl. Ehlers (Fn. 6), 693.

(9) Ebenso werden Daten für die Landesbausparkasse — eine rechtlich unselbständige Einrichtung der Westdeutschen Landesbank (vgl. § 5 Abs. 4 b) Satzung WestLB i.V.m. § 2 Abs. 2 BSpgG (BGBl. I S. 2097) — verarbeitet. Dagegen betreibt die Westdeutsche Landesbank ein eigenes Rechenzentrum.

(10) So im Ergebnis auch Ungnade (Fn. 1), S. 18.

Online-Verfahren (d.h. Direktverfahren über eine Standleitung) genutzt wird, ohne daß das Rechenzentrum irgendeinen tatsächlichen Einfluß nimmt, fehlt es am Tatbestandsmerkmal der Datenverarbeitung auf seiten des Rechenzentrums. (11) Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute müssen dann alle für die Verarbeitung der Daten gebotenen Datenschutzmaßnahmen selbst vornehmen. In der Praxis nehmen die Rechenzentren indessen trotz weitgehender Online-Buchungen sehr wohl Einfluß auf den Vorgang der Datenverarbeitung. Beispielsweise erstellen die Rechenzentren die Programme selbständig durch eigenes Personal. Auch werden Zahlungsbelege und Gutschriften üblicherweise (bisher) nicht im Online-, sondern im sog. Offline-Verfahren verarbeitet. (12) Das physikalische Erfassen, Aufnehmen und Aufbewahren der Daten erfolgt durch die Rechenzentren selbst und nicht durch die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute. (13) Da die Rechenzentren den Weisungen der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute unterliegen und sich in einem Abhängigkeitsverhältnis im Sinne der konzernrechtlichen Vorschriften befinden (14), handelt es sich um einen Fall der Datenverarbeitung im Auftrag. (15) Unerheblich ist, ob ein Auftragsverhältnis im bürgerlich-rechtlichen Sinne vorliegt. Vielmehr kommt es nur darauf an, daß die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute bestimmungsberechtigt sind und das Rechenzentrum kein eigenes Interesse an den Daten hat. (16) Gem. § 2 Abs. 2 S. 2 DSG NW i.V.m. § 22 Abs. 2 BDSG tragen die Kreditinstitute dann als Auftraggeber die Verantwortung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften. Die Rechenzentren selbst unterstehen dem Bundesdatenschutzgesetz. (17) Ihnen ist nach den §§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. 37 BDSG die Verarbeitung geschäftsmäßig geschützter personenbezogener Daten im Auftrag als Dienstleistungsunternehmen nur im Rahmen der Weisungen der auftraggebenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute gestattet. Es spielt somit datenschutzrechtlich keine entscheidende Rolle, ob die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute die Daten selbst verarbeiten oder durch andere verarbeiten lassen.

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn das Rechenzentrum seinen Sitz in das Ausland verlegt. Ob eine solche Verlagerung überhaupt zulässig ist, erscheint jedenfalls hinsichtlich der Sparkassen wegen der Umgehung des Regionalitätsprinzips (18) mehr als zweifelhaft, kann hier aber dahinstehen. Erfolgt die Verlagerung, ist das Rechenzentrum nämlich als Dritter i.S.d. § 2 Abs. 2 S. 2 DSG NW i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 2 BDSG anzusehen. Dies hat zur Konsequenz, daß die Bekanntgabe der Daten an das im Ausland gelegene Rechenzentrum einen Unterfall der Datenübermittlung bildet. Es müssen demgemäß die für die Datenübermittlung im Inland geltenden Schranken beachtet werden. Ist der Datenschutz-Standard im Ausland wesentlich geringer, muß ein erheblicher Teil ansonsten erlaubter Datenübermittlungen als unzulässig angesehen werden. (19) Ein Ausweichen in das Ausland zum Zwecke der Umgehung datenschutzrechtlicher Anforderungen dürfte sich daher kaum lohnen.

### III. Die Gesetzeslage im Falle einer Datenverarbeitung für fremde Zwecke

Teilweise verarbeiten die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute auch geschäftsmäßig Daten für fremde Zwecke, etwa weil sie Haus- und Mietverwaltungen bzw. Lohn- und Gehaltsabrechnungen für ihre Kunden durchführen oder die Beiträge für Vereine und andere Mitgliederorganisationen einziehen. (20) Die wirtschaftsrechtliche Zulässigkeit dieser Verfahrensweise ergibt sich für die Sparkassen aus § 52 SpkG NW i.V.m. § 31 Nr. 10 SpkVO NW. (21) Da das Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen alter Fassung — anders als das Bundesdatenschutzgesetz — keine Regelung der Datenverarbeitung für fremde Zwecke enthielt und das Bundesdatenschutzgesetz bei Vorhandensein eines Landesdatenschutzgesetzes insgesamt nicht mehr anwendbar ist (22), lag bislang eine Gesetzeslücke vor. Die Lücke mußte als planwidrig angesehen werden, weil der Landesgesetzgeber die Regelungsbedürfnisse

(11) So auch Ordemann/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 1982, § 31 Anm. 1.3. A.A. Auernhammer (Fn. 6), § 31 Rdnr. 7; Mallmann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 31 Rdnr. 33.

(12) Zur technischen Abwicklung vgl. Humpert, Nationaler Zahlungsverkehr, in: Obst/Hintner (Hrsg.), Geld-, Bank- und Börsenwesen, 37. Aufl. 1980, S. 450 f.

(13) Zur Frage, wer speichernde Stelle i.S.d. § 2 Abs. 3 Nr. 1 BDSG ist, vgl. einerseits Dammann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 2 Rdnrn. 147 ff., andererseits Auernhammer (Fn. 6), § 2 Rdnr. 15.

(14) Vgl. zur Anwendbarkeit des Konzernrechts auf die öffentliche Hand Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 137 ff.

(15) Vgl. dazu Schwappach, in: Gallwas u.a. (Fn. 8), § 22 Rdnrn. 51 ff.

(16) Auernhammer (Fn. 6), § 31 Rdnr. 6; vgl. auch Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 22 Rdnrn. 15 ff., 44 ff.

(17) Auf privatrechtliche Service-Rechenzentren findet grundsätzlich der 4. Abschnitt des BDSG über die geschäftsmäßige Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen für fremde Zwecke Anwendung. Werden auch Daten für eigene Zwecke verarbeitet, gilt insoweit der 3. Abschnitt des BDSG. Vgl. Ungnade/Kruck (Fn. 1), 8; Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 22 Rdnr. 16.

(18) Vgl. § 1 Abs. 2 SpkG NW.

(19) Zu weitgehend verlangt Simitis (in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Fn. 8, § 22 Rdnr. 56), daß es keinerlei Übermittlung geben darf, wenn eine gleichwertige Datenschutzregelung fehlt. Soweit die Europäische Datenschutz-Konvention (Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten v. 28.1.1981) in nationales Recht transformiert worden ist — wie durch Bundesgesetz v. 13.3.1985 (BGBl. II S. 538) —, kann jedenfalls ein gewisser Mindeststandard vorausgesetzt werden.

(20) Weitere Beispiele bei Hermanns, Bankneutrale Leistungen, in: Obst/Hintner (Fn. 12), S. 516. Speziell zum sog. „Verzinservice“ 7. Tb. des Landesbeauftr. für den Datenschutz NW, 1986, S. 144.

(21) A.A. noch Ehrlich/Kirchherr, Bundesdatenschutzgesetz und Landesdatenschutzgesetze, DuD 1979, 84 (87).

(22) Vgl. die Nachweise in Fn. 8...

tigkeit dieser Fälle verkannt hatte. (23) Wegen der gleichen Interessenlage dürften die §§ 31 ff. BDSG analog anwendbar gewesen sein. (24) Eines näheren Eingehens auf diese Problematik bedarf es aber nicht mehr, weil das neue Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen (25) — von in diesem Zusammenhang nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen — in § 2 Abs. 2 S. 2 pauschal auf das Bundesdatenschutzgesetz und damit auch auf die §§ 31 ff. BDSG verweist. Die Gesetzeslücke ist somit nunmehr geschlossen worden. Im einzelnen hängt die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Speicherung personenbezogener Daten durch die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in den genannten Fällen in erster Linie von den Personen ab, für deren Zwecke die Daten verarbeitet werden. Dürfen die genannten Personen den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten die Daten zugänglich machen, bestehen gegen die Speicherung und Verwendung der Daten zu Servicezwecken keine grundsätzlichen Bedenken. (26) Geben die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute den Personen Daten bekannt, kann es sich um einen Unterfall der Datenverarbeitung im Auftrag oder um eine Datenübermittlung handeln. Eine Auftragsdatenverarbeitung ist nur anzunehmen, wenn der Auftrag lediglich die Verarbeitung der Daten und nicht noch andere Funktionen zum Gegenstand hat (mag die Datenverarbeitung für diese anderen Funktionen auch Grundlage oder Folge sein). (27) Da der Auftrag hier in aller Regel nicht nur auf eine Datenverarbeitung, sondern auch und gerade auf eine Geschäftsbesorgung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute gerichtet ist (nämlich insbesondere auf Einziehung oder Auszahlung der Gelder), stellt sich die Bekanntgabe in fast allen Fällen als eine Datenübermittlung dar. Vorbehaltlich einer Einwilligung richtet sich die Zulässigkeit der Bekanntgabe nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 Abs. 2 BDSG. Bedienen sich die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute der Hilfe der Rechenzentren, beurteilt sich die Rechtslage nach § 31 Abs. 2 BDSG i.V.m. den genannten Vorschriften.

**B. Die Konzeption der gesetzlichen Regelungen**

**I. Der Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Wirtschaftsunternehmen**

Sachlich werden die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen den privatrechtlichen Kreditinstituten datenschutzrechtlich weitgehend gleichgestellt. Bereits die für die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute geltenden Bestimmungen des Datenschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen alter Fassung waren nahezu inhaltsgleich mit den für die privatrechtlichen Unternehmen maßgebenden Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes. (28) Immerhin mußten die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in einer Reihe von Fällen weitere Schutzbestimmungen beachten. (29)

Insbesondere enthielt das Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen alter Fassung Vorschriften, die

- besondere Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche des Betroffenen statuierten (§ 4 Abs. 1 Nr. 6 DSG NW a.F.),
- eine Gefährdungshaftung vorsahen (§ 4 Abs. 2 DSG NW a.F.) (30),
- die Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung präzisierten (§ 7 Abs. 1 S. 2 DSG NW a.F.),
- den internen Datenfluß einengten (§ 8 S. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 DSG NW a.F.),
- den öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Eigenbetrieben besondere Berichtspflichten auferlegten (§ 23 Abs. 4 DSG NW a.F.) und
- die Kontrolle regelten (§§ 24 ff. DSG NW a.F.).

Mit Erlass des neuen Datenschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen sind diese Besonderheiten zu einem erheblichen Teil weggefallen. Nach § 2 Abs. 2 DSG NW sollen nämlich die für die private Wirtschaft geltenden Normen des Bundesdatenschutzgesetzes grundsätzlich auf die Eigenbetriebe und die der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die am Wettbewerb teilnehmen, Anwendung finden, soweit sie personenbezogene Daten zu wirtschaftlichen Zwecken oder Zielen verarbeiten.

Um eine **Teilnahme am Wettbewerb** handelt es sich, wenn die öffentlich-rechtlichen Personen Leistungen erbringen, die auch von privaten Stellen erbracht werden können. (31) Entscheidend ist nicht, ob tatsächlich eine Konkurrenzsituation besteht, sondern ob die private Stelle rechtlich gesehen die Leistung erbringen darf. Auf dem Gebiet des Kreditwesens ist dies der Fall, so daß die Sparkassen und die Westdeutsche Landesbank Girozentrale im Gegensatz etwa zur Deutschen Bundesbank (32) als am Wettbewerb teilnehmende juristische Personen zu qualifizieren sind. Die öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Eigenbetriebe verarbeiten personenbezogene Daten zu **wirtschaftlichen Zwecken oder Zielen**, wenn sie im Verhältnis zu demjenigen, dessen Daten sie verarbei-

(23) Nach der Reg.Begr. (LT-Drucks. 8/3874, S. 50) zu § 18 DSG NW war eine abschließende landesrechtliche Regelung geplant.

(24) Ebenso 7. Tb. des Landesbeauftr. für den Datenschutz NW, 1986, S. 144.

(25) Vgl. Fn. 7.

(26) Vgl. auch Mallmann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 37 Rdnr. 11 m.w.N.

(27) Ebenso Auernhammer (Fn. 6), § 31 Rdnr. 6 m.w.N. Vgl. auch 7. Tb. des Landesbeauftr. für den Datenschutz NW, 1986, S. 144.

(28) Vgl. einerseits §§ 18 ff. DSG NW v. 19.12.1978, andererseits §§ 22 ff. BDSG. Dazu v.d. Groeben, in: Ruckriegel u.a., Datenschutz und Datenverarbeitung in Nordrhein-Westfalen, 1979, § 18 Anm. 3.

(29) Kritisch dazu Ehrich/Kirchherr (Fn. 21), 85 ff.

(30) Eine partielle Gefährdungshaftung sieht auch § 7 des Referenten-Entwurfs vom 5.11.1987 zur Novellierung des BDSG (im folgenden zitiert: Ref.-Entw.) vor.

(31) Zur Auslegung vgl. auch Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 22 Rdnr. 75 ff.

(32) Siehe Ungnade/Kruck (Fn. 1), 5 f.

ten, nicht unmittelbar öffentliche Zwecke verfolgen. (33) Nun sind namentlich die Sparkassen nicht nur wirtschaftliche Unternehmen, sondern zugleich öffentliche Einrichtungen. (34) Sie haben öffentliche Versorgungsaufgaben zu erfüllen, die jedenfalls zum Teil auch dem einzelnen zugute kommen, d.h. ihn begünstigen sollen. (35) Es liegt dann eine unmittelbar öffentliche Zwecksetzung vor. Doch läßt sich u.a. daraus, daß die lediglich entsprechend den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführten öffentlichen Einrichtungen gemäß S. 1 Nr. 2 in die Regelung des § 2 Abs. 2 DSG NW einbezogen worden sind, der Schluß ziehen, daß es ausreichen muß, wenn auch wirtschaftliche Zwecke oder Ziele verfolgt werden. Da die genannten öffentlichen Einrichtungen primär unmittelbar öffentliche Zwecke wahrnehmen, würde nämlich ansonsten die grundsätzliche Heranziehung der Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes konterkariert werden. Im übrigen ließe sich ein Rechtschaos kaum vermeiden, wenn man datenschutzrechtlich etwa danach differenzieren wollte, ob die Sparkassen die geschützten Daten im Rahmen des Zahlungsverkehrs von Privatbanken oder von ihren Sparern erhalten haben. Das Tatbestandsmerkmal der Datenverarbeitung „zu wirtschaftlichen Zwecken oder Zielen“ ist demnach weit auszulegen. (36) Es reicht aus, wenn die wirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand sich unternehmens-typisch verhalten. Von § 2 Abs. 2 DSG NW werden somit alle Datenverarbeitungsvorgänge erfaßt, welche die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute im Zusammenhang mit dem Betreiben von Bankgeschäften vornehmen. Dagegen ist keine wirtschaftliche Zweck- oder Zielsetzung mehr gegeben, wenn die Kreditinstitute beispielsweise als Subventionsgeber oder Subventionsmittler tätig werden. Die Datenverarbeitung richtet sich dann nach den §§ 12 ff. DSG NW. (37) Dies gilt jedoch nur insoweit, als es um die Datenverarbeitung im Rahmen des Subventionsverhältnisses geht. Besteht die Subventionierung lediglich in der Zinsverbilligung eines Darlehens, das die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute vergeben, ist zwischen dem Subventionsverhältnis und dem Darlehensverhältnis zu unterscheiden. (38) Sofern die Daten nur das Darlehensverhältnis betreffen, liegt eine Wahrnehmung wirtschaftlicher Zwecke oder Ziele i.S.d. § 2 Abs. 2 DSG NW vor.

Rechtstechnisch wird die weitgehende Gleichbehandlung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe mit den privatrechtlichen Unternehmen durch eine Verweisung auf die einschlägigen Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes erreicht. § 2 Abs. 2 S. 2 DSG NW läßt offen, ob es sich um eine statische oder dynamische Verweisung handeln soll, d.h. um eine Verweisung lediglich auf die im Zeitpunkt der Verabschiedung des Landesgesetzes geltende Fassung des Bundesdatenschutzgesetzes oder um eine Verweisung auf das Bundesdatenschutzgesetz in der jeweils geltenden Fassung. Über die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen herrscht Streit. Im Bereich ausschließlicher Landeskompetenzen muß eine dynamische Verweisung auf das Bundesrecht entgegen an-

derslautenden Stimmen (39) stets als unzulässige Verlagerung von Gesetzgebungsbefugnissen angesehen werden. (40) Selbst wer dieser Ansicht nicht zu folgen vermag und eine dynamische Verweisung nur bei grundrechtsrelevanten Regelungen für verfassungswidrig erachten will (41), gelangt hier wegen der Grundrechtsrelevanz der Verarbeitung personenbezogener Daten zu keinem anderen Ergebnis. Bei verfassungskonformer Betrachtungsweise muß § 2 Abs. 2 S. 2 DSG NW also im Sinne einer statischen Verweisungsnorm ausgelegt werden. Soll die weitgehende Gleichbehandlung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe mit den privatrechtlichen Unternehmen auch künftig gesichert werden, ist der Landesgesetzgeber gezwungen, alle diesbezüglichen Änderungen des Bundesdatenschutzgesetzes nachzuvollziehen. Da Einigkeit über die Novellierungsbedürftigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes besteht (42), dürfte sich für den Landesgesetzgeber schon bald das Problem der Anpassung stellen.

## II. Die gesetzlich vorgeschriebenen Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung

### 1. Die einzelnen Ausnahmen

Das neue Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen hat sich dafür ausgesprochen, den Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe mit den privatrechtlichen Unternehmen nicht strikt durchzuführen. Nach § 2 Abs. 2 S. 1 DSG NW unterliegen die öffentlich-

(33) Allgemein zu den charakteristischen Merkmalen einer wirtschaftlichen Zwecksetzung Ehlers (Fn. 14), S. 199 ff., 206.

(34) Vgl. BVerfG, DVBl. 1987, 844 (845); VerfGH NW, JZ 1987, 242 (244 f.); Heinevetter, Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., 8. Lief. 1986, § 3 Erl. 1.3.

(35) Vgl. etwa § 3 SpkG NW i.V.m. § 7 SpkVO NW.

(36) Wegen der Schwierigkeiten einer Abgrenzung von „wettbewerbsorientierten und nichtwettbewerbsorientierten Daten“ haben der Rheinische bzw. der Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband (vergeblich) vorgeschlagen, das Tatbestandsmerkmal zu streichen (LT-Zuschrift 10/1265, S. 2).

(37) Auch die Sonderbestimmungen des früheren DSG NW für Eigenbetriebe und öffentlich-rechtliche Unternehmen galten nur, wenn Daten für wirtschaftliche Zwecke oder Ziele verarbeitet wurden (vgl. § 18 Nr. 1 DSG NW a.F.). Zum BDSG vgl. Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 22 Rdnr. 80; Schweinöcher, in: Gallwas u.a. (Fn. 8), § 7 Rdnr. 33.

(38) Näher dazu Ehlers, Die Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen, VerwArch. 74 (1983), 112 (118).

(39) Vgl. z.B. BVerfGE 47, 285 (310 ff. — die Entscheidung bezieht sich allerdings unmittelbar nur auf einen Fall der Verweisung von Bundesrecht auf Landesrecht); Clemens, Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften, AöR 111 (1986), 63 (105 ff., 110 f.).

(40) Ehlers (Fn. 6), 694 f.; Schenke, Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, NJW 1980, 743 (748); Sachs, Die dynamische Verweisung als Ermächtigungsnorm, NJW 1981, 1651 f.

(41) Vgl. die Nachweise in Fn. 39.

(42) Vgl. auch den vorgelegten Ref.-Entw. (Fn. 30).

rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe in dreifacher Hinsicht anderen Anforderungen als die privatrechtlichen Wirtschaftssubjekte. Zum einen wird von den öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetrieben eine besondere Dateibeschreibung verlangt (§ 8 DSG NW). Des weiteren finden die Bestimmungen über die Kontrolle durch den Landesbeauftragten für den Datenschutz Anwendung (§§ 21–27 DSG NW). (43) Schließlich schreibt § 2 Abs. 2 S. 1 DSG NW vor, daß die Vorschriften bezüglich der Datenverarbeitung für wissenschaftliche Zwecke (§ 28) und die Datenverarbeitung bei Dienst- und Arbeitsverhältnissen (§ 29) ebenso wie die Bestimmungen über das Fernmessen und Fernwirken (§ 30) und die Nutzung von Verwaltungsdaten zu statistischen Zwecken (§ 31) gelten. (44)

## 2. Die Besonderheiten der Kontrolle

Von Bedeutung ist in erster Linie die andersartige Kontrolle der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe. Für den privatrechtlichen Bereich schreibt das Bundesdatenschutzgesetz primär eine Selbstkontrolle vor. Ab einer gewissen Bagatellgrenze sind die privatrechtlichen Unternehmen verpflichtet, einen sachkundigen, weisungsunabhängigen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu bestellen (§§ 28, 38 BDSG), der für die Einhaltung der Bestimmungen über den Datenschutz zu sorgen hat. Daneben unterliegen die privatrechtlichen Unternehmen einer Fremdkontrolle durch die Aufsichtsbehörde (§§ 30, 40 BDSG). Diese Fremdkontrolle ist schwerpunktmäßig als Anlaßkontrolle ausgestaltet worden. Sofern die privatrechtlichen Unternehmen Daten für eigene Zwecke verarbeiten, darf die Aufsichtsbehörde nur tätig werden, wenn ein Betroffener begründet darlegt, daß er bei der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten in seinen Rechten verletzt worden ist. Eine Fremdkontrolle findet somit lediglich punktuell auf Initiative des Betroffenen hin statt. Anders ist die Rechtslage nur, wenn das privatrechtliche Unternehmen Daten für fremde Zwecke verarbeitet. Gem. § 40 BDSG unterliegen die privatrechtlichen Unternehmen dann einer ständigen und lückenlosen Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde. (45)

Hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe schreibt das Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen abweichend von dem früher geltenden Recht (§ 8 DSG NW a.F.) eine Selbstkontrolle nicht ausdrücklich vor. Dies schließt zwar eine Selbstkontrolle nicht aus. Auch stellt die den öffentlich-rechtlichen Unternehmen abverlangte Dateibeschreibung (§ 8 DSG NW) zugleich eine Art Selbstkontrolle dar, weil die Unternehmen nach dem Gesetzmäßigkeitsprinzip verpflichtet sind, die bei der Dateibeschreibung zu Tage tretenden Rechtsverstöße zu beseitigen. Doch sind die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe beispielsweise nicht gehalten, einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. (46) Dies muß selbst dann als unbefriedigend angesehen werden, wenn man

berücksichtigt, daß die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe der ständigen Kontrolle des Landesbeauftragten für den Datenschutz unterliegen. Die Fremdkontrolle macht die Selbstkontrolle nicht entbehrlich. Allerdings ist die Fremdkontrolle des Landesbeauftragten sehr viel effektiver als die Fremdkontrolle der Aufsichtsbehörde, weil der Landesbeauftragte jederzeit eingreifen kann, also sich auch bei der Datenverarbeitung für eigene Zwecke nicht auf eine bloße Anlaßkontrolle zu beschränken braucht.

Die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe können die Kontrollzuständigkeiten des Landesbeauftragten nicht einengen, indem sie die Datenverarbeitungsvorgänge auf privatrechtlich organisierte Rechenzentren verlagern. § 31 Abs. 1 S. 3 BDSG schließt für juristische Personen des Privatrechts, die mehrheitlich von der öffentlichen Hand getragen werden, eine Kontrolle lediglich durch die Aufsichtsbehörde aus. An der beschriebenen Fremdkontrolle ändert sich ferner nichts, wenn die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen oder Eigenbetriebe Daten für fremde Zwecke verarbeiten. Da § 31 Abs. 1 S. 2 BDSG die Anwendung der §§ 38–40 BDSG auf Privatrechtssubjekte beschränkt und damit die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen des Bundes ausnimmt, muß dies wegen der Verweisungsnorm des § 2 Abs. 2 S. 2 DSG NW auch für die der Aufsicht des Landes unterstehenden öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe gelten. Diese werden also bei der Ausführung einer geschäftsmäßigen Datenverarbeitung für fremde Zwecke ebenfalls durch den Landesbeauftragten für den Datenschutz kontrolliert.

Die Art und Weise der Kontrolle durch den Landesbeauftragten entspricht weithin derjenigen durch die Aufsichtsbehörde. Landesbeauftragter und Aufsichtsbehörde verfügen über Auskunfts-, Einsichts- und Zutrittsrechte, die sich aber nur auf Dateien im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes (§ 2 Abs. 3 Nr. 3) beziehen, d.h. nicht ohne weiteres auf Akten und Aktensammlungen. (47) Anders als die Aufsichtsbehörde hat der Landesbeauftragte ein Dateienregister (über automatisiert vorgehaltene Dateien) zu führen (§ 23 DSG NW). Zum Schutz der Wettbewerbsfähigkeit ist das Register hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und Eigenbetriebe aber nicht als öffentli-

(43) Kritisch zur Regelung des § 8 DSG NW sowie zur Datenschutzkontrolle haben sich der Rheinische und der Westfälisch-Lippische Sparkassenverband geäußert. Vgl. den Nachweis in Fn. 36.

(44) Ob es der Bezugnahme auf § 31 DSG NW überhaupt bedurfte, weil sich aus den Regelungen des BDSG etwas anderes ergibt, kann hier nicht untersucht werden. Der Sinn des § 31 DSG NW besteht darin, die Erstellung (nicht Veröffentlichung) von Statistiken unter den genannten Voraussetzungen auch dann zuzulassen, wenn aus den Statistiken mit Zusatzwissen ein Personenbezug hergestellt werden kann.

(45) Vgl. zum Ganzen Ungnade (Fn. 1), S. 93 f.

(46) Tatsächlich haben die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen soweit ersichtlich ausnahmslos einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellt.

(47) Näher dazu Ungnade/Gorynia (Fn. 1), 5 m.w.N.

ches Sonderregister ausgestaltet worden (vgl. § 23 Abs. 2 S. 3 DSGVO). Es ist somit der privaten Konkurrenz nicht zugänglich. Gewisse Besonderheiten bestehen noch insofern, als der Landesbeauftragte dem Landtag und der Landesregierung Bericht über seine Tätigkeit zu erstatten hat (§ 27 DSGVO). Von seiten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute ist die Veröffentlichung dieser Berichte kritisiert worden. Es entsteht der irriige Eindruck in der Öffentlichkeit, als seien nur bei den öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und nicht bei den privatrechtlichen Konkurrenzunternehmen Mängel bei der Umsetzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen aufgetreten. (48) Diese Bedenken sind zumindest zum Teil gegenstandslos geworden, weil § 27 2. Halbsatz DSGVO auch eine Berichtspflicht der Landesregierung über die Tätigkeit der für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Aufsichtsbehörde eingeführt hat. (49)

### **C. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer grundsätzlichen Gleichbehandlung öffentlich-rechtlicher und privater Unternehmen**

#### **I. Problemstellung**

Die weitgehende Gleichstellung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher bzw. privater Unternehmen auf dem Gebiet des Datenschutzes hat zur Folge, daß auch die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute weitgehend wie die privaten Kreditinstitute behandelt werden. Dies bedeutet aber zugleich, daß für sie andere — nämlich prinzipiell weniger strenge — Vorschriften als für die Behörden, Einrichtungen und sonstigen öffentlichen Stellen juristischer Personen des öffentlichen Rechts gelten. Zum Beispiel beziehen sich die von den privaten Datenverarbeitern zu beachtenden Normierungen des Bundesdatenschutzgesetzes nur auf bestimmte Datenverarbeitungsprozesse, während für die Behörden, Einrichtungen und sonstigen öffentlichen Stellen juristischer Personen des öffentlichen Rechts nach dem Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen grundsätzlich der gesamte Umgang mit personenbezogenen Daten reglementiert ist. (50) Auch räumen die datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestände den privaten Datenverarbeitern einen größeren Spielraum ein. (51) Ferner können die privaten Datenarbeiter anders als die Behörden, Einrichtungen und sonstigen öffentlichen Stellen für die Erteilung der Auskunft an den Betroffenen ein Entgelt verlangen. (52) Das neue Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen hat somit im Interesse einer weitgehenden Gleichstellung der öffentlich-rechtlichen und privaten Unternehmen verstärkte Unterschiede innerhalb des öffentlich-rechtlichen Sektors in Kauf genommen. Es hat ganz entgegen seiner sonstigen Zielsetzung (53) wegen des beschriebenen Wegfalls einer Reihe von Sonderbestimmungen sogar eine Abschwächung der von den öffentlich-rechtlichen Unternehmen zu beachtenden daten-

schutzrechtlichen Anforderungen mit sich gebracht. Dies könnte sich zwar mit einer Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes noch ändern (vorausgesetzt, die für private Wirtschaft geltenden Vorschriften erfahren Verschärfungen). Doch ist ungeachtet des vorgelegten Referentenentwurfs gegenwärtig noch völlig offen, an welchen Maßstäben sich die geplante Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes orientieren wird.

Die weitgehende Gleichstellung öffentlich-rechtlicher und privater Unternehmen ist mit der Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Unternehmen (einschließlich der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute) begründet worden. (54) Jedoch unterscheiden sich die von Verfassungs wegen an den Datenschutz zu stellenden Mindestanforderungen danach, ob der private oder staatliche Bereich betroffen ist. So genießen die privaten Datenarbeiter Grundrechtsschutz, ohne selbst unmittelbar an die Grundrechte gebunden zu sein. Eine Bindung kommt nur insoweit in Betracht, als das Verfassungsrecht in den Grundrechtsabschnitten „zugleich Elemente objektiver Ordnung aufgerichtet hat, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung haben, mithin auch das Privatrecht beeinflussen“ (sog. mittelbare Grundrechtsgeltung). (55) Umgekehrt ist der staatliche Umgang mit personenbezogenen Daten nicht grundrechtsgeschützt, wohl aber unmittelbar grundrechtsgebunden. (56) Dementsprechend gelten für den Staat prinzipiell strengere Bindungen als für die Privaten. Da die Sparkassen und die Westdeutsche Landesbank Girozentrale Träger von Staatsgewalt sind

(48) Vgl. dazu Ungnade/Gorynia (Fn. 1), 5; Stellungnahme des

(48) Vgl. dazu Ungnade/Gorynia (Fn. 1), 5; Stellungnahme des Rheinischen und des Westfälisch-Lippischen Sparkassen- und Giroverbandes (Fn. 36), S. 2.

(49) Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Veröffentlichung der von den Aufsichtsbehörden zu erstellenden Tätigkeitsberichte sieht auch § 34 Abs. 6 S. 2 und S. 3 Ref.-Entw. (Fn. 30) vor.

(50) Näher dazu die folgenden Ausf. unter III.2.

(51) Zu beachten ist allerdings, daß der geringere Datenverarbeitungsspielraum der öffentlichen Stellen maßgeblich auf die enge — außerhalb des Datenschutzes erfolgende — Umschreibung ihrer Aufgaben zurückzuführen ist. Die §§ 12 ff. DSGVO knüpfen nämlich in erster Linie an die „rechtmäßigen Erfüllung der Aufgaben der öffentlichen Stellen“ an. Zwischen der Präzisierung der Aufgabenstellung und der datenschutzrechtlichen Bindung besteht somit eine Korrelation. Da die Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen weit gesteckt sind, ist für die Unternehmen eine andere Ausgangssituation als für öffentliche Stellen gegeben. Zum Zusammenhang von Datenschutz und Aufgaben- bzw. Befugnisnormen vgl. auch Bull, Bundesdatenschutzgesetz, Jura 1987, 295 (298 f.).

(52) Vgl. einerseits § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG, andererseits § 18 Abs. 1 DSGVO.

(53) Vgl. Schnoor, NWVBl. 1988, 7 ff. Anders als das DSGVO a.F. beschränkt sich das neue Gesetz nicht nur auf den Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten.

(54) Vgl. Reg.Begr. zum Entwurf des § 2 Abs. 2 DSGVO, LT-Drucks. 10/1565, S. 45. Zur Kritik des DSGVO a.F. vgl. Ehrlich/Kirchherr (Fn. 21), 88.

(55) BVerfG, DVBl. 1987, 128 f. m.w.N.

(56) Zur Frage, welche Grundrechte neben Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht kommen, vgl. Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S. 89 ff.

(57) — und Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen (58) —, finden die für den Staat geltenden Grundsätze auf sie Anwendung. Die datenschutzrechtliche Gleichbehandlung mit den privaten Kreditinstituten kann daher nur Bestand haben, wenn die für die Privaten maßgebenden Datenschutzregelungen den Standard erreichen, der für den Datenschutz in dem hier interessierenden staatlichen Bereich verfassungsnötig ist.

## **II. Der grundrechtlich geforderte Datenschutz**

Als verfassungsrechtlicher Maßstab für den Umgang der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute mit personenbezogenen Daten kommen die Grundrechte des Grundgesetzes und der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen in Betracht. Soweit spezielle Grundrechte nicht einschlägig sind, ist grundgesetzlich das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beachten. Kraft der Inkorporationsvorschrift des Art. 4 Abs. 1 LV NW gilt dieses Recht zugleich als Grundrecht der Landesverfassung. Zusätzlich bestimmt Art. 4 Abs. 2 LV NW, daß jeder Anspruch auf Schutz seiner personenbezogenen Daten hat.

### **1. Der Schutzbereich der grundrechtlichen Bestimmungen**

Das Bundesverfassungsgericht hat dem durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht in seiner Volkszählungsentscheidung bekanntlich ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung entnommen. (59) Der einzelne soll gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten geschützt werden. (60) Die informationelle Selbstbestimmung gewährleistet die Befugnis des einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen. Umstritten ist die Frage, ob der Schutz von der Art und Weise der Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe der Daten abhängt. (61) Zum einen ging es in dem Volkszählungsurteil um eine Datenerhebung durch Verpflichtung zur Auskunft. Zum anderen hat sich das Bundesverfassungsgericht immer wieder auf die Notwendigkeit eines Schutzes „unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung“ berufen. (62) Dies könnte dahingehend verstanden werden, daß nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nur in diesen Fällen ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung bestehen soll. (63) Indessen kann die durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Privatosphäre auch dadurch beeinträchtigt werden, daß der Staat sich auf subtilere Weise als durch Zwangsbefragung Informationen über den einzelnen verschafft. Ferner erhöhen die Möglichkeiten der automatisierten Datenverarbeitung nur die Gefährdungspotentiale, schließen die Schutzbedürftigkeit des einzelnen im übrigen aber nicht aus. Andererseits ist nicht schlechthin jeder Um-

gang der staatlichen Stellen mit personenbezogenen Daten als Einschränkung der informationellen Selbstbestimmung zu werten. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht enthält kein „völlig unbegrenztes“ Verfügungsrecht am eigenen Datum. (64) Da der einzelne auf Kommunikation angewiesen ist und das Grundgesetz die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden hat, darf der Schutzbereich nicht im Sinne eines isoliert individualistischen Verständnisses bis ins Uferlose ausgedehnt werden. (65) Das Bundesverfassungsgericht hat in einem anderen Zusammenhang zu Recht davon gesprochen, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts enger zu ziehen sind als diejenigen der allgemeinen Handlungsfreiheit. (66) Berücksichtigt man, daß das informationelle Selbstbestimmungsrecht nur eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt, kann dies für die tatbestandliche Umschreibung des informationellen Selbstbestimmungsrechts nicht ohne Folgen bleiben. Je nach Umständen des Einzelfalles — insbesondere auch der Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit — kann es Daten geben, die Bagatelldarstellung haben und das Persönlichkeitsrecht noch nicht berühren. So wird man es beispielsweise nicht als Beschränkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts anse-

(57) Vgl. Ehlers, Die Grenzen der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, JZ 1987, 218 ff.

(58) Vgl. BVerfG, DVBl. 1987, 844 f.; VerfGH NW, JZ 1987, 242 ff. Ob Verwaltungsträger überhaupt andere Aufgaben wahrnehmen können, mag dahinstehen. In jedem Falle bliebe die Grundrechtsbindung bestehen.

(59) BVerfGE 65, 1 ff. Kritisch zur Verknüpfung von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. 1985, Art. 2 Rdnrn. 11, 39. Vgl. auch Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984, S. 67 f.

(60) BVerfGE 65, 1 (43). Damit geht das BVerfG gleichzeitig über die „Vier-Phasen-Konzeption“ des BDSG (§§ 1, 2 Abs. 2) hinaus und erkennt auch die Datenerhebung und (allgemeine) Datenverwendung als schutzbedürftig an.

(61) Vgl. die Darstellung des Streitstandes bei Gallwas, in: Gallwas u.a. (Fn. 6), § 1 Rdnrn. 10 ff.

(62) BVerfGE 65, 1 (insbesondere 42, 45). Vgl. auch Krause, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, JuS 1984, 268 (271 f.); Schlink, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Der Staat 25 (1986), 234 (237 f.).

(63) In diesem Sinne z. B. wohl Gallwas (Fn. 61).

(64) A.A. Meister, Datenschutz im Zivilrecht, 2. Aufl. 1981, S. 117 ff. Vgl. auch Schlink (Fn. 62), 245 ff. Im Ergebnis wie hier Simitis, Die informationelle Selbstbestimmung — Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398 (401); Vogelgesang (Fn. 56), S. 139 ff.

(65) Die Volkszählungsentscheidung des BVerfG (E 65, 1, 43 ff.) berücksichtigt die Gemeinschaftsgebundenheit erst im Rahmen der Schrankenziehung.

(66) Vgl. BVerfGE 54, 148 (153). Eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den Staat setzt im übrigen stets ein Handeln des Staates voraus. Dieses ist z. B. nicht gegeben, wenn der Staat zufällig Informationen erlangt oder aufgedrängt bekommt (mögen die Informationen für den einzelnen auch belastend sein). Relevant ist in derartigen Fällen erst die Speicherung oder Übermittlung der Daten.

hen können, wenn sich ein Sparkassenbediensteter zur Vorbereitung eines Geschäftsessens eine Notiz darüber anfertigt, welche Weinsorten von dem Geschäftspartner bei früheren Anlässen bevorzugt wurden (es sei denn, die Notiz ist zur Weitergabe bestimmt). Auch bei Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht bleiben aber zahlreiche Fälle übrig, in denen der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berührt ist, obwohl weder Zwang ausgeübt noch von den Möglichkeiten einer automatisierten Verarbeitung der Daten Gebrauch gemacht wurde. Hierzu sind etwa die Fälle gezielt betriebener Gewinnung personenbezogener Daten durch Befragung eines Dritten (etwa des Nachbarn) oder durch zweckgerichtete Beobachtung zu zählen. (67)

Kaum Beachtung gefunden hat bisher das Datenschutzgrundrecht des Art. 4 Abs. 2 LV NW. Allerdings wirft die Ermittlung des Sinngehalts dieser Vorschrift erhebliche Probleme auf. Zweifelhaft ist bereits, in welcher Weise der Grundrechtsschutz zum Zuge kommen soll. Einerseits ist Art. 4 Abs. 2 S. 1 LV NW wie ein (gegen den Staat gerichtetes) Leistungsgrundrecht formuliert worden. Andererseits sind nach Art. 4 Abs. 2 S. 2 LV NW Eingriffe in den durch die Verfassung verbrieften Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen aufgrund eines Gesetzes zulässig. In einen Anspruch auf Leistung kann aber nicht eingegriffen werden. (68) Ansprüche werden erfüllt oder nicht erfüllt. Eingreifen kann man nur in eine rechtlich garantierte Freiheits-sphäre. Aus dem Sprachgebrauch wird man den Schluß ziehen müssen, daß Art. 4 Abs. 2 S. 1 LV NW zumindest auch ein (gegen den Staat gerichtetes) Abwehrrecht verbürgt. (69) Nach dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung erstreckt sich der Grundrechtsschutz auf alle personenbezogenen Daten. Da der Wortlaut aber auf das Tätigwerden des Staates zum „Schutz“ personenbezogener Daten abstellt, spricht vieles für die Annahme, daß auch abwehrrechtlich nur schutzbedürftige Daten erfaßt werden. Darunter sind Daten zu verstehen, die den Schutz des verfassungsrechtlich garantierten allgemeinen Persönlichkeitsrechts genießen. Interpretiert man das in Art. 4 Abs. 2 LV NW verankerte Abwehrrecht in diesem Sinne, gewährleistet es nicht mehr und nicht weniger als das sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG ergebende Recht auf informationelle Selbstbestimmung. (70)

## 2. Die Grundrechtsschranken

Sowohl das grundgesetzliche als auch das durch Art. 4 Abs. 2 LV gewährleistete Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ werden nicht schrankenlos gewährleistet. Die Beschränkungen bedürfen aber prinzipiell (71) einer gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben. Inhaltlich müssen die Beschränkungen „im überwiegenden Allgemeininteresse“ (72) liegen. Schließlich hat der Gesetzgeber bei seinen Regelungen das Übermaßverbot zu beachten.

## III. Folgerungen für den Datenschutz in den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten

### 1. Die im Bundesdatenschutzgesetz geregelten Fälle

Die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes, die über die Verweisung des § 2 Abs. 2 S. 2 DSG NW auf die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute Anwendung finden, genügen als solche den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Zwar sind die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sehr allgemein gefaßt. Doch ist dem Gesetzgeber weder eine strikte Programmierung der staatlichen Wirtschaftsteilnahme noch eine exakte Vorausbestimmung des bei der Wirtschaftsteilnahme anfallenden vielfältigen Informationsverkehrs möglich. Die an den Grundsatz der Normenklarheit (73) zu stellenden Anforderungen dürfen nicht überspannt werden. Ohne Generalklauseln kommt auch das Datenschutzrecht nicht aus. Der flächendeckende Erlaß von bereichsspezifisch angelegten Datenschutznormen ist nicht erforderlich. (74) Zweifelhaft könnte nur sein, ob die Speicherung und Übermittlung von Daten im Zusammenhang mit dem Bankauskunftsverfahren und dem Schufa-Verfahren einer spezielleren gesetzlichen Regelung bedarf. Eine solche Regelung wäre ohne weiteres möglich, wie sich aus der bis in alle Einzelheiten gehenden Vorformung der genannten Auskunftsverfahren in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute ergibt. (75) Doch dürfte die Problematik in den Speicherungs- und Übermittlungstatbeständen des Bundesdatenschutzgesetzes noch hinreichend bedacht worden sein. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers mag als wünschenswert angesehen werden, ist (insoweit) von Verfassungs wegen aber nicht erforderlich. Auch sind die datenschutzrechtlichen Tatbestände so gefaßt, daß den Interessen der Allgemeinheit und den Anforderungen des Übermaßverbotes genügt werden kann.

Stellen die für die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute geltenden Vorschriften des Bundesdatenschutzge-

(67) Ebenso Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, S. 143 (193); Knemeyer, Datenerhebung und Datenverarbeitung im Polizeirecht, NVwZ 1988, 193 ff.

(68) Vgl. Grimm, Verfassungsrecht, in: Grimm/Papier (Hrsg.), Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, S. 1 (56).

(69) Ebenso Grimm, a.a.O.

(70) Aus heutiger Sicht mag die Gewährleistung eines solchen Abwehrrechts wegen der En-Bloc-Rezeption der Grundrechte durch Art. 4 Abs. 1 LV NW überflüssig erscheinen (vgl. auch Grimm, a.a.O., 58). Jedoch ist Art. 4 Abs. 2 LV NW im Jahre 1978 und damit vor dem Volkszählungsurteil des BVerfG v. 15.12.1983 in die Verfassung eingefügt worden.

(71) Zur Zulässigkeit einer Einwilligung des Grundrechtshalters in eine Grundrechtsbeeinträchtigung vgl. die Ausf. unter III.3.

(72) BVerfGE 65, 1 (44).

(73) Vgl. BVerfG, a.a.O.

(74) So auch zu Recht Reg.Begr. zum Entwurf des Art. 1 GFD, LT-Drucks. 10/1565, S. 40.

(75) Siehe D.II.2.b u. c.

setzes prinzipiell verfassungskonforme Schrankenregelungen dar, besagt dies aber noch nicht, daß die gesetzlichen Datenschutzbestimmungen für die öffentlich-rechtlichen und privaten Kreditinstitute in der gleichen Weise auszulegen sind. Vielmehr muß im Falle der Beurteilung einer Datenverarbeitung durch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute sowohl der unmittelbare (d.h. verstärkte) Grundrechtsschutz des einzelnen als auch der öffentliche Auftrag der Kreditinstitute bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe mitberücksichtigt werden. Es ist daher denkbar, daß eine private Bank personenbezogene Daten wegen nicht „schutzwürdige(r) Belange des Betroffenen“ zur „Wahrung berechtigter Interessen“ speichern und übermitteln darf, die Sparkasse aber nicht.

## 2. Die Regelungslücken des Bundesdatenschutzgesetzes

Die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes beziehen sich nur auf einen begrenzten Ausschnitt der durch die Grundrechte des Grundgesetzes und der Landesverfassung garantierten Freiheitssphäre. So werden — von den sog. internen Daten abgesehen (§ 1 Abs. 2 S. 2 BDSG) (76) — nur Daten erfaßt, die in Dateien gespeichert, verändert, gelöscht oder aus Dateien übermittelt werden (§ 1 Abs. 2 S. 1 BDSG). Eine Datei ist eine gleichartig aufgebaute Sammlung von Daten, die nach bestimmten Merkmalen erfaßt und geordnet, nach anderen bestimmten Merkmalen umgeordnet und ausgewertet werden kann, ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 S. 1 BDSG). (77) Hierzu gehören keine Akten und Aktensammlungen, es sei denn, diese können durch automatisierte Verfahren umgeordnet und ausgewertet werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 S. 2 BDSG). Auch das Speichern von Daten in manuell geführten Akten und Aktensammlungen bzw. das Übermitteln der Daten aus solchen Akten und Aktensammlungen kann sich aber als Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht darstellen. (78) Von dieser Auffassung geht im übrigen auch die Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung aus. (79) Inkonsequenterweise wird die Einbeziehung der traditionellen Form der Informationsverarbeitung (Akten) jedoch nur für die Verwaltung im allgemeinen (80) und nicht für die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen und die Eigenbetriebe vorgeschrieben.

Weiterhin schützt das Bundesdatenschutzgesetz nur personenbezogene Daten (§ 1 Abs. 1 BDSG). Darunter werden Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person verstanden (§ 2 Abs. 1 BDSG). Ausgeklammert bleiben also die juristischen Personen. (81) Zwar kann eine Angabe über eine juristische Person zugleich eine Aussage über die hinter der Person stehenden natürlichen Personen enthalten. Beispielsweise sind Angaben über die finanzielle Situation einer GmbH, die als Teil der Angaben über die Person des alleinigen Gesellschafters für Kreditauskünfte gespeichert sind, auch personenbezogene Daten des Ge-

sellschafters. (82) Solche Fälle sind indessen nicht die Regel. Die nicht anonymisierten Daten der privaten juristischen Personen und Personenvereinigungen sind aber ebenfalls vor staatlichen Zugriffen grundrechtlich geschützt. So können sich die rechtlich verselbständigten Wirtschaftsunternehmen über Art. 19 Abs. 3 GG insbesondere auf die Gewährleistungen der Art. 14 und 12 GG berufen (83), während die Daten der sonstigen juristischen Personen (wie etwa des Idealvereins) vornehmlich von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG erfaßt werden. Den juristischen Personen wird zwar nicht ein so weitgehendes informationelles Selbstbestimmungsrecht wie den natürlichen Personen, wohl aber zum Beispiel die Wahrung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen garantiert. (84)

Schließlich regelt das Bundesdatenschutzgesetz weder die Erhebung noch jede Verwendung bzw. Nutzung personenbezogener Daten. Völlig außerhalb des Blickfeldes liegt der Vorgang (Art und Weise) der Informationsbeschaffung. Die Verwendung bzw. Nutzung der Daten ist nur zum Teil geregelt. So sieht das Gesetz zwar vor, daß die Speicherung von Daten zum Zwecke ihrer weiteren Verwendung erfolgen muß (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 BDSG) und nur zur Wahrung bestimmter Zwecke zulässig ist (§ 23 BDSG). Jedoch bleibt offen, wie verfahren werden soll, wenn die zulässigerweise gespeicherten Daten später für andere Zwecke genutzt werden, ohne daß eine Übermittlung oder eine bloß interne Nutzung (§ 1 Abs. 2 S. 2 BDSG) vorliegen. Zu denken ist etwa an die Verwendung der Daten für zunächst nicht vorgesehene Werbemaßnahmen oder für die Verbreitung belastender Werturteile. (85) Es fehlen des weiteren Regelungen über die Weitergabe perso-

(76) Näher dazu Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 1 Rdnrn. 28 ff.

(77) Die Mehrzahl der im Kreditgewerbe vorhandenen Dateien dürften mehr als diese vier Ordnungskriterien aufweisen. Vgl. Ungnade/Kruck (Fn. 1), 9.

(78) Ebenso Entschließung der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder und der Datenschutzkommission Rheinland-Pfalz v. 8.3.1984, DÖV 1984, 504 (505); Scholz/Pitschas (Fn. 59), S. 145 f. (mit Einschränkung); Vogelgesang (Fn. 56), S. 197 f. Kap. I Art. 3 Abs. 2 c Europäische Datenschutz-Konvention (Fn. 19) sieht die Möglichkeit vor, durch Erklärung den Datenschutz auf personenbezogene Daten auszuweiten, die nicht automatisch verarbeitet werden. Die Bundesrepublik hat eine solche Erklärung bisher nicht abgegeben.

(79) (Fn. 74), S. 40; Schnoor (Fn. 53), 9.

(80) Vgl. § 2 Abs. 1 DSG NW.

(81) Vgl. dazu Auernhammer (Fn. 6), § 2 Rdnr. 6; Dammann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 2 Rdnrn. 16 ff.

(82) BGH, RDV 1986, 81 f.

(83) Zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts in den Spezialgrundrechten vgl. (ohne Bezugnahme auf juristische Personen) Scholz/Pitschas (Fn. 59), S. 98 ff.; Vogelgesang (Fn. 56), S. 89 ff.

(84) Vgl. dazu auch Hauck, Wirtschaftsgeheimnisse — Informationseigentum kraft richterlicher Rechtsfortbildung?, 1987, S. 246 ff. (ohne Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 3 GG).

(85) Zu der bisher nicht hinreichend geklärten Frage, ob die Bekanntgabe von Werturteilen als Fall der Datenübermittlung anzusehen ist, vgl. Zöllner, Datenschutzrechtliche Aspekte der Bankauskunft, ZHR 149 (1985), 179 (185 f.). Siehe ferner die Ausf. zu D.II.2.b.

nenbezogener Daten, die zuvor weder gespeichert noch durch Datenverarbeitung unmittelbar gewonnen worden sind. (86) Nach dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts erstreckt sich das informationelle Selbstbestimmungsrecht neben der Speicherung und Weitergabe aber gerade auch auf die Erhebung und Verwendung persönlicher Daten. (87) Diese Auffassung liegt im übrigen auch dem Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen zugrunde. (88) Wiederum läßt das Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen aber die öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Eigenbetriebe außer Betracht.

### 3. Die Rechtslage beim Vorliegen einer Regelungslücke

Enthält das Bundesdatenschutzgesetz keine Regelung, müßten sich die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute für den Umgang mit grundrechtlich geschützten Daten auf eine andere Ermächtigungsgrundlage stützen können. Spezialgesetzliche Normen fehlen im wirtschaftlichen Bereich weitestgehend. (89) Nicht zulässig erscheint es, von der gesetzlich umschriebenen Aufgabenstellung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute auf die Befugnis zum Umgang mit grundrechtlich geschützten Daten zu schließen, sofern der Umgang zur rechtmäßigen Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist. (90) Einmal bestehen gegen eine gesetzlich nicht vorgesehene Gleichsetzung von Aufgabe und Befugnis generelle Bedenken. Auch die Berufung auf die Natur der Sache, den Sachzusammenhang oder den Annexcharakter (91) des Umgangs mit Daten erlaubt es nicht, die Aufgabennormen in Befugnisnormen umzupolen. Ferner sind die Aufgabennormen der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute so weit gefaßt, daß die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung für den Bürger nicht mehr vorhersehbar wären. (92) Schließlich widerspräche die Gleichsetzung der Aufgaben- und Befugnisnormen dem Bundesdatenschutzgesetz, weil dessen Bestimmungen für den hier untersuchten Bereich nicht allein auf die Aufgaben bzw. Wahrnehmung berechtigter Interessen abstellen. (93) Teilweise kommt allerdings eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Speicherung und Übermittlung in Betracht. So wird man eine zunächst nicht vorgesehene Eigenutzung gespeicherter Daten entsprechend den Bestimmungen über die Speicherung und Übermittlung als erlaubt ansehen müssen, wenn entweder eine erneute Speicherung oder eine erneute Übermittlung zu dem verfolgten Zweck zulässig wäre. In einer Reihe weiterer Fälle hilft das *argumentum a maiore ad minus* weiter. Ist beispielsweise eine Verarbeitung personenbezogener Daten statthaft, muß dies „erst recht“ für die Daten juristischer Personen gelten. Dürfen Angaben aus Dateien übermittelt werden, läßt sich auch gegen die (weniger gravierende) Übermittlung aus Akten nichts einwenden.

Fehlt eine ausreichende Gesetzesgrundlage und greifen Analogie- oder Erstrecht-Schlüsse nicht Platz, kann dem Gesetzgeber nicht eine Übergangsfrist zur

Schaffung rechtsförmiger Regelungen eingeräumt werden. Abgesehen von prinzipiellen Bedenken gegen eine übergangsweise Hinnahme rechtswidriger Zustände (94), ist die Zubilligung einer Übergangsfrist frühestens in Betracht zu ziehen, wenn ansonsten die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen nicht gewährleistet wäre. (95) Davon kann hier aber nicht die Rede sein.

Sind gesetzliche Regelungen nicht vorhanden, kommt eine Schmälerung des informationellen Grundrechtsschutzes nur noch bei Einwilligung des betroffenen Grundrechtsträgers in Betracht. Die Einwilligung müßte sich dann allerdings als wirksamer (tatbestandsausschließender oder rechtfertigender) Grundrechtsverzicht qualifizieren lassen. Im Schrifttum wird ein Grundrechtsverzicht nicht selten für generell unzulässig gehalten. (96) Da sich Grundrechtsverfügung und Grundrechtsverwirklichung vielfach bedingen und eine Reihe von Grundrechtsgewährleistungen zudem willensabhängig formuliert sind (97), kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. (98) Ein Grundrechtsverzicht ist auch nicht nur nach Maßgabe gesetzlicher Vorschriften statthaft. (99) Wohl aber darf auf Grundrechtspositionen nicht beliebig verzichtet werden. So verbieten es der nicht disponible Schutz der Menschenwürde einerseits und die überindividuellen Zielsetzungen der Grundrechtsbestimmungen andererseits, Einwilligungen in eine übermäßige Beschränkung der grundrechtlich gesicherten Freiheitssphäre als wirksam anzusehen. (100) Weiterhin müssen die Sicherungen des § 3 S. 2 BDSG entsprechend gelten. Dies heißt, daß die Einwilligung der Schriftform bedarf, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form ange-

(86) Vgl. auch BGHZ 95, 362 (365).

(87) BVerfGE 65, 1 (43).

(88) § 3 Abs. 2 DSG NW.

(89) Vgl. Ungnade, Datenschutz (Fn. 1), S. 41 f.

(90) So für den Bereich des Polizeirechts aber wohl Scholz/Pitschas (Fn. 59), S. 167 ff.; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 1985, S. 78 f. Kritisch u.a. Knemeyer (Fn. 67), 194 f.

(91) Zum Sprachgebrauch Degenhart (Fn. 6), Rdnrn. 78 ff.

(92) Zum Gebot der Normenklarheit: BVerfGE 65, 1 (44).

(93) Vgl. §§ 23, 24 BDSG.

(94) Vgl. die (allerdings sehr weitgehende) Kritik von J. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 114 ff., 214 ff.

(95) Vgl. BVerfGE 41, 251 (267); 58, 257 (281); BVerfG, NJW 1988, 191 (193).

(96) Vgl. zum Meinungsstand Bleckmann, Staatsrecht II, 2. Aufl. 1985, § 15 (S. 321 ff.); Robbers, Der Grundrechtsverzicht, JuS 1985, 925 ff.

(97) Vgl. Art. 4 Abs. 3, 6 Abs. 3, 7 Abs. 3 S. 3, 12 Abs. 2, 16 Abs. 1 S. 2 GG.

(98) Näher dazu Ehlers (Fn. 14), S. 220 f.

(99) So grundsätzlich jedoch Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl. 1982, S. 161 m.w.N.

(100) Vgl. zu einer solchen differenzierenden Betrachtungsweise Ehlers (Fn. 14), S. 221; Sachs, *Volenti non fit iniuria*, VerwArch. 76 (1985), 398 (418 ff.); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 3. Aufl. 1987, Rdnrn. 164 ff.; Quaritsch, Der Verzicht im Verwaltungsrecht und auf Grundrechte, in: Selmer/v. Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 407 (409 ff.).

messen ist. Wird die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt, ist der Betroffene hierauf schriftlich besonders hinzuweisen. Die Einwilligung muß hinreichend bestimmt sein. Ferner muß sich der Einwilligende über die Wirkung und Tragweite der Einwilligung im klaren gewesen sein. Die Beachtung dieser Voraussetzungen erscheint hier besonders wichtig, weil der Betroffene vielfach auf das öffentlich-rechtliche Kreditinstitut angewiesen ist, er also häufig keine andere Wahl hat, als die geforderten Daten zur Verfügung zu stellen und sich mit deren Verarbeitung einverstanden zu erklären. (101)

**4. Ergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß eine datenschutzrechtliche Gleichstellung öffentlich-rechtlicher und privater Unternehmen nur zulässig ist, wenn für die privaten Unternehmen ein Standard vorgeschrie-

ben wird, der den für den staatlichen Bereich geltenden Anforderungen genügt. Die derzeit geltenden datenschutzrechtlichen Regelungen berücksichtigen zu wenig die Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Unternehmen. Sie sind zu eng gefaßt, weil sie den Datenverkehr der öffentlich-rechtlichen Unternehmen nicht in dem aus verfassungsrechtlicher Sicht notwendigen Ausmaße regeln, andere Gesetze vielfach fehlen und in den gesetzlich unregulierten Fällen nicht stets mit einer wirksamen Einwilligung des Betroffenen gerechnet werden kann. Die Mängel könnten zwar noch durch eine den grundrechtlichen Direktiven genügende Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes beseitigt werden. Ob es zu einer Novellierung in diesem Sinne kommen wird, ist gegenwärtig aber nicht absehbar.

*(wird fortgesetzt)*

(101) Eine andere als die Schriftform ist z.B. beim fernmündlichen Vertragsabschluß angemessen. Vgl. Ungnade/Kruck (Fn. 1), 11.

# Der Schutz von Computersoftware und Microchips in der Schweiz

## Gedanken zum Entwurf der III. Expertenkommission vom 18. 12. 1987 zur Revision des URG\*

**Dr. Moritz Röttinger\*\***

**Gliederung**

- |  |   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Allgemeines</li> <li>2. Gemeinsame Bestimmungen zum Schutz von Computerprogrammen und Topographien             <ul style="list-style-type: none"> <li>2.1 Geltungsbereich</li> <li>2.2 Rechtsinhaberschaft</li> <li>2.3 Rechtsnachfolge</li> </ul> </li> <li>3. Programmschutz             <ul style="list-style-type: none"> <li>3.1 Schutzgegenstand</li> <li>3.2 Schutzzumfang</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>3.3 Schutzdauer</li> <li>4. Halbleiterschutz             <ul style="list-style-type: none"> <li>4.1 Schutzgegenstand</li> <li>4.2 Schutzzumfang</li> <li>4.3 Reverse Engineering</li> <li>4.4 Gutgläubiger Erwerb</li> <li>4.5 Schutzdauer</li> <li>4.6 Registrierung</li> </ul> </li> <li>5. Offene Fragen</li> </ul> |
|--|---|

**1. Allgemeines**

Die ersten beiden Entwürfe der Expertenkommission zur Revision des Schweizer Urheberrechtsgesetzes (URG) enthielten keine Bestimmungen zum Schutz von Computersoftware und Microchips. Mit dem Rückweisungsbeschluß des zweiten Entwurfs hat das

Parlament die Kommission beauftragt, den Schutz von Computerprogrammen und ähnlichen Leistungen im neuen Urheberrechtsgesetz zu regeln. Die Kommission ist bei ihren Arbeiten zum Schluß gekommen, daß über die im parlamentarischen Auftrag ausdrücklich erwähnten Computerprogramme hinaus auch die inte-

\* Am 3. 2. 1988 fand eine vom Institut für Gewerblichen Rechtsschutz (INGRES) in Zürich organisierte Veranstaltung zum Schutz industrieller Leistungen (Computersoftware und Microchips) durch das neue Urheberrechtsgesetz statt, bei der Rechtsanwalt Dr. Martin J. Lutz, Zürich, Mitglied der Expertenkommission zur Revision des URG, über „Grundlagen des industriellen Leistungsschutzes im Entwurf; Der Schutz von Computersoftware“, Rechtsanwalt Thomas Dreier, MCL, Max-

Planck-Institut für ausländisches und internationales Urheber-, Patent- und Wettbewerbsrecht, München, über den „Schutz von Microchips im Entwurf; Internationale Erfahrungen“ und Rechtsanwalt Dr. Robert G. Briner, Zürich, Mitglied der Subkommission Leistungsschutz, über „Offengelassene Fragen zum industriellen Leistungsschutz“ sprachen.

\*\* Dr. Moritz Röttinger ist Rechtsanwaltsanwärter in der RA-Kanzlei Dr. Walter in Wien.